

Wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Zugabewesens

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich zur Erlangung der
Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

JÜR G MEISTER

von Zürich und Schaffhausen

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. K. Oftinger

Verlag H. R. Sauerländer & Co. Aarau · 1954

Wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Zugabewesens

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich zur Erlangung der
Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

JÜR G MEISTER

von Zürich und Schaffhausen

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. K. Oftinger

Verlag H. R. Sauerländer & Co. Aarau · 1954

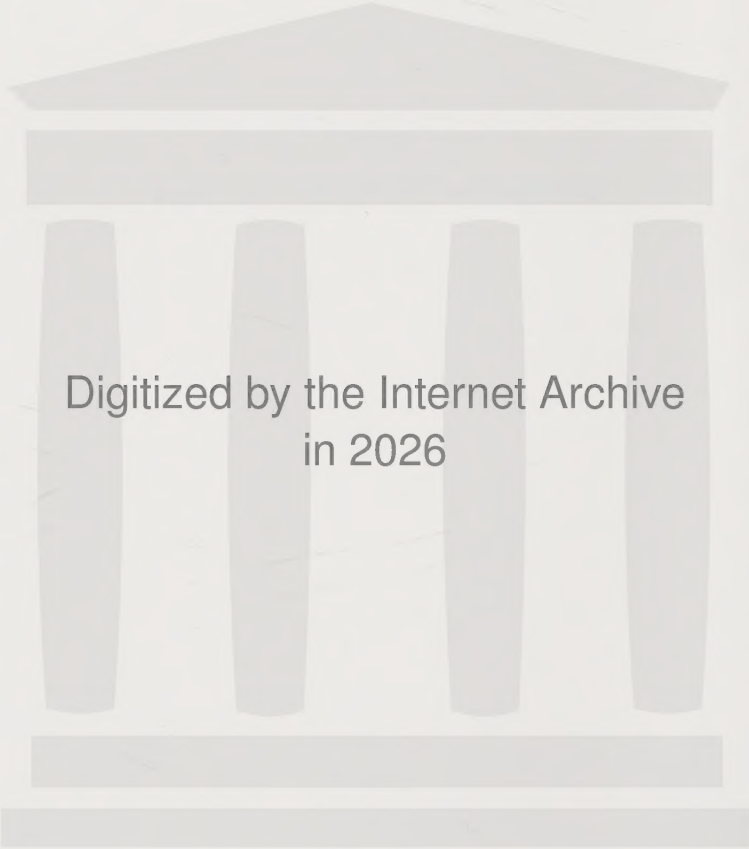
Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 10. Juli 1954.

Der Dekan:
Prof. Dr. H. Nef



Meinen gütigen Eltern
als bescheidenes Zeichen der Dankbarkeit



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	9
Abkürzungen und Zitierweise	13
I. Allgemeine Abkürzungen	13
II. Schriften, die in der ganzen Arbeit nur mit dem Verfassernamen zitiert werden	15
III. Periodika	15
IV. Zitierweise	16
Vorwort	17
 I. Abschnitt: Der freie Wettbewerb	19
Vorbemerkung	19
§ 1. Ursprung	20
I. Ideologische Grundlagen	20
II. Feste Grundlagen	21
A) Vorbemerkung	21
B) Situation	22
1. Arbeitsteiliger Tauschprozess	22
2. Antrieb	22
3. Wettbewerb	22
C) Entwicklung	23
§ 2. Versagen	24
I. Vorbemerkung	24
II. Einzelne Gründe	24
A) Vermassung	24
B) Machtucht — Machtkonzentration	26
C) Moral	26
III. Würdigung des Konkurrenzgedankens	27

2. Abschnitt: Die rechtlichen Grundlagen	29
§ 3. Bedeutung des rechtlichen Rahmens	29
I. Ueberleitung zum rechtlichen Problem	29
II. Aufgabe des Rechts	30
III. Handels- und Gewerbefreiheit	31
§ 4. Entwicklungsstufen von Lehre und Gesetzgebung	33
I. Frühere rechtliche Grundlagen	33
A) Uebersicht	33
B) Theoretische Entwicklung	33
1. Allgemein	33
2. In der Schweiz	35
II. Besinnung	36
A) Wettbewerb als schutzbedürftige Veranstaltung	36
B) Leistungsprinzip	37
C) Rechtliche Folgerungen	38
§ 5. Grundlage des UWG	41
I. Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs	41
II. Grundsätze von Treu und Glauben	42
III. Nachbemerkungen	43
3. Abschnitt: Die Zugabe	45
§ 6. Zugabe als Mittel der Kundenbeeinflussung	45
I. Vorläufige Definition	45
II. Geschichtliche Entwicklung der Zugabe	46
A) Allgemein	46
B) In der Schweiz	49
III. Bedeutung	49
A) Psychologische Werbewirkung	49
B) Umfang	50
§ 7. Abgrenzung des Zugabebegriffes	53
I. Abhängigkeit des Zugabegeschäftes vom Hauptgeschäft	53
A) Allgemein	53
B) Abgrenzung Zugabe - Werbegabe	53
C) Abgrenzung Zugabe - Kombinationskauf	56
II. Zugabegegenstand	59
A) Ware oder Leistung	59
B) Grenzfälle und ihre Abgrenzung	60
1. Rabatt	60
2. Zugehör	65
3. Kundendienst	67

III. Beteiligte Personen	69
IV. Zusammenfassung und Definition	70
§ 8. Die Zugabe in wirtschaftlicher Betrachtung	72
I. Betriebswirtschaftliche Beurteilung	72
II. Volkswirtschaftliche Beurteilung	73
4. Abschnitt: Die Zugabe im Lichte der Wettbewerbsgrundsätze	78
§ 9. Grundsätzliche rechtliche Betrachtung	78
I. Vorbemerkung	78
II. Marktverdunkelung	79
A) Allgemeines	79
B) Funktion der Werbung im praktischen Wirtschafts- leben	80
C) Wahr- und Klarheitsgrundsatz	81
D) Sachlichkeitsgrundsatz	84
III. Zugabewesen und Leistungsprinzip	86
§ 10. Beurteilung des Zugabewesens anhand systematischer Gliederung	90
I. Angebot	90
II. Technik der Gewährung	93
A) Unmittelbare Gewährung bei Abschluss des Haupt- geschäftes	93
B) Verzögerte Gewährung	94
C) Von einem Zufall abhängige Gewährung	97
D) Gewährung an Dritte	101
III. Preisbeeinflussung	104
§ 11. Ergebnis der Untersuchung	110
I. Unlautere Zugaben	110
II. Benötigt das schweizerische Recht eine Zugaben- verordnung?	111

LITERATURVERZEICHNIS

- Anliker* Markus: Unternehmung und Saisonschwankungen (Diss. Zürich 1950)
- Baumbach* Adolf: Komm. zum Wettbewerbsrecht (Berlin 1929)
- Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 5. A. (Berlin 1943)
- Berg* Carlo: Grundfragen des Wettbewerbsrechts (Diss. Frankfurt 1936)
- Böhm* Franz: Wettbewerb und Monopolkampf (Berlin 1933)
- Bolla*: Il boicottaggio nel diritto civile svizzero; in ZSR NF 47 (1929) 243 a
- Bücker* Heinrich: Das Zugabewesen (Diss. Freiburg 1933)
- Buhl* Herbert: Die Wertreklame (Stuttgart 1929)
- Bühler* Walter: Die zivilrechtliche Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs in der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts (Diss. Zürich 1930)
- Büren* Bruno von: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes auf dem Gebiet der vergleichenden Werbung; in ZBJV 82 (1946) 313 ff.
- Büren* René von: Komm. zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (Zürich 1945)
- Callmann* Rudolf: Der unlautere Wettbewerb 2. A. (Mannheim 1932)
- Caminada* Armin: Die zu schützenden Rechtsgüter im Wettbewerbsrecht (Diss. Bern 1944)
- Canner* Rudolf: Die strafrechtliche Behandlung des Kundenfangs; in SJZ 26 (1929/30) 337 ff.
- Cartels* international: A League of Nations Memorandum (United Nations, Dep. of Economie Affairs, Lake Success 1947)
- Castelberg* Carlo von: Grundlagen des schweizerischen Wettbewerbsrechts (Diss. Zürich 1948)
- Dam* Hendrik G. van: Preisunterbietungen als Missbrauch wirtschaftlicher Macht und als unzulässiger Wettbewerb (Basler Studien zur Rechtswissenschaft Heft 9) (Basel 1935)
- Deiters* Eva: Zum Streit um den Begriff des Verstosses gegen die guten Sitten im Wettbewerbsrecht (Diss. Köln 1934)
- Deschenaux* Henri: Licéité et limites du boycott; in ZSR NF 70 (1951) 127 ff.
- Duesterberg* Georg: Die Abwehrmassnahmen gegen das Zugabeunwesen in rechtsvergleichender Darstellung (Diss. Halle 1933)
- Eckstein* Hans: Die Zugabe im Recht (Diss. Erlangen 1932)
- Eggmann* Emil: Der Staat und die Kartelle (Diss. Zürich 1945)
- Elster* Ludwig: Smith's Lehre und die Lehren der sog. «Klassiker» der Volkswirtschaftslehre; in WV
- Gewerblicher Rechtsschutz (Berlin/Leipzig 1921)
- Exner* Robert: Moderne Reklame (Zittau 1891)
- Faucherre*: Die Händlerrabattsparevereine (Jena 1912)

- Feigel* Hans: Preisausschreiben, Preisrätsel, Lotterien und Ausspielungen im Wettbewerb (Diss. Giessen 1938)
- Feldmann* Marcus: Kartelle, Trusts und Monopole im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit (Basel 1931)
- Fleiner/Giacometti*: Schweizerisches Bundesstaatsrecht (Zürich 1949)
- Franke* H. H.: Die rechtspolitischen Grundlagen der Reform des Wettbewerbsrechtes (Berlin 1930)
- Die Reform des Wettbewerbsrechtes (Berlin 1930)
- Germann* Oskar Adolf: Vorarbeiten zur eidgenössischen Gewerbegesetzgebung (Basel 1927)
- Zum Entwurf eines schweizerischen Bundesgesetzes über den unzulässigen Wettbewerb; in Beiträge zum Handelsrecht (Festgabe Carl Wieland) (Basel 1934) 79 ff.
- Zur Rechtsfindung im Wettbewerbsrecht; in ZBJV 72 (1936) 49 ff.
- Grundfragen des strafrechtlichen Schutzes gegen den unlauteren Wettbewerb (Basel 1942); in Festgabe der Basler Juristenfakultät zum schweizerischen Juristentag (1942) 101 ff.
- Zur Generalklausel des Wettbewerbsrechtes; in SJZ 40 (1944) 285 ff.
- Richtlinien für eine Bundesrechtliche Regelung der Ausverkäufe und ähnlicher Veranstaltungen (Gutachten) (Basel o. J.)*
- Gousenberg* Victor: La concurrence déloyale et sa répression en Suisse (Diss. Genf 1945)
- Grimmlinger* Erna: Die Reklame als Mittel des unlauteren Wettbewerbs und ihre zivilrechtliche Bekämpfung (Diss. Zürich 1938)
- Gsell/Bossard*: Kostenrechnung und Preiskalkulation (Zürich 1946)
- Gutersohn/Lisowsky*: Gutachten über die wirtschaftliche Seite des Zugabewesens (St. Gallen 1952)*
- Harrod* R.: Dynamische Wirtschaft (Wien 1949)
- Heinig* Erich: Rabatt und Zugaben (Frankfurt a. M./Stuttgart 1950)
- Hessler* Fritz: Zugaben und unlauterer Wettbewerb (Diss. Leipzig 1929)
- Hexner* Erwin: International Cartels (Chapel Hill 1946)
- Huth* Friedrich: Gutscheinsystem und Zugaben-Unwesen (Berlin 1929)
- Jöhr* Walter Adolf: Die Konjunkturschwankungen (Tübingen 1952)
- Jossi* Alfred: Unlauterer Wettbewerb durch Verletzung von Arbeitsbedingungen (Diss. Bern 1947)
- Junckerstorff* Kurt: Die Praxis des Zugabeverbots (Berlin 1936)
- Kahn* Walter: Das Zugabeverbot (Diss. Würzburg 1935)
- Kaulla* Rudolf: Staat, Stände und der gerechte Preis 2. A. (Basel 1951)
- Keel* Raymund: Der unlautere Wettbewerb ohne Verschulden (Diss. Bern 1944)

- Keins* Gerhart: Das geschützte Rechtsgut bei der Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs (Diss. Breslau 1935)
- Kellenberger* Ed.: Volkswirtschaftliche Irrtümer und Fehlgriffe, Bd. I: Sparen, Krisen und Vollbeschäftigung (Bern 1951).
- Kind* W.: Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Zugabewesens (Diss. Heidelberg 1932)
- Knellwolf* Arthur: Das Preisschleudern mit Markenartikeln nach schweizerischem Privatrecht in rechtsvergleichender Darstellung (Diss. Zürich 1938)
- Kohlmeier* Ruppert: Der Sachlichkeitsgrundsatz im Wettbewerbsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Zugabewesens (Diss. Erlangen 1933)
- Kuczinski* Jürgen: Studien zur Geschichte des deutschen Imperialismus, Bd. I: Monopole und Unternehmerverbände (Berlin 1948) Bd. II: Propagandaorganisationen des Monopolkapitals (Berlin 1950)
- Lang* Kurt: Ueber die Möglichkeiten einer Monopolpolitik durch staatliche Monopolbeeinflussung (Diss. Bern 1950)
- La Roche* Charles: Die schweizerische Konjunkturpolitik der Nachkriegszeit (Bern 1947)
- Leemann*: Sachenrecht I (Komm. zum schweizerischen ZGB — Gmür IV) (Bern 1920)
- Ligue internationale* contre la concurrence illoyale: Europas Kampf gegen die Zugabe (Gouda 1931)
- Lukesch* Walter: Das Zugabe- und Rabattwesen auf Grund der österreichischen Gesetzgebung (Wien 1950)
- Lüthi* Paul: Der Staat und die Kartelle in der Schweiz (Diss. Neuchâtel 1947)
- Lynch* David: The concentration of economic power (New York 1947)
- Marbach* Fritz: Ueber Kartelle und Kartellierung in der Schweiz (Bern 1937)
- Marbe* Karl: Psychologie der Wertreklame (Stuttgart 1930)
- Mataja*: Die Reklame (München/Leipzig 1916)
- May* Rudolf: Das Preisschleudern mit Markenartikeln (Diss. Leipzig 1934)
- Michel* Janett: Die Entwicklung des zivilrechtlichen Begriffes: Unlauterer Wettbewerb unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis (Diss. Bern 1945)
- Misch*: Wettbewerb als Aufgabe (Godesberg 1947)
- Müller* Walter: Eingabe des Verbandes schweizerischer Wertreklamefirmen an die schweizerische Bundesversammlung... zur Beratung des Entwurfs über das BG betr. unlauteren Wettbewerb. Ablehnung eines Zugabeverbots (Zürich 1934)
- Opitz* Hans: Zugaben (Diss. Leipzig 1938)
- Pelka* Georg: Gegen das Zugabewesen, für ein gesetzliches Verbot (Berlin 1929)
- Peyret* Henry: La bataille des trusts (Paris 1948)
- Pfister* Heinz Adolf: Der Rabatt in der Preispolitik der Kartelle (Diss. Bern 1951)

- Quesney François*: Allgemeine Grundsätze der wirtschaftlichen Regierung eines ackerbautreibenden Landes, hg. Waenting (Jena 1921)
- Recht Karl*: Die Grenzen der Reklame nach dem heutigen Wettbewerbsrecht (Diss. Köln 1939)
- Reimer Eduard*: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 2. A (Berlin 1947)
- Roos Gottfried*: Das Klagerecht der Berufs- und Wirtschaftsverbände nach dem BG über den unlauteren Wettbewerb (Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 236) (Bern 1947)
- Röpke Wilhelm*: Die Lehre von der Wirtschaft 3. A. (Erlenbach/Zürich 1943)
- Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart (Erlenbach/Zürich 1943)
- Rückert Hans*: Wettbewerbsgrenzen der Kundenbevorzugung. Ein Beitrag zum Rabatt- und Zugabewesen (Veröffentlichung der Industrie- und Handelskammer Leipzig Nr. 9) (Leipzig 1929)
- Schwarz Günther*: Unerlaubte und unlautere Zugabe (Diss. Leipzig 1935)
- Smith Adam*: Eine Untersuchung über Natur und Wesen des Volkswohlstandes 3 Bde. hg. Waenting (Jena 1908/1920/1923)
- Specker Karl*: Die Persönlichkeitsrechte mit besonderer Berücksichtigung des Rechts auf die Ehre im schweizerischen Privatrecht (Diss. Zürich 1910)
- Springer J.*: Kritische Bemerkungen zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb; in SJZ 40 (1944) 309 ff.
- Sternberg Fritz*: The coming crisis (New York 1947)
- Tiburtius Joachim*: Das Zugabewesen (Nr. 8 der Schriftenreihe der Forschungsstelle für den Handel, Berlin) (Leipzig 1930)
- Troller Alois*: Der Schweizerische Gewerbliche Rechtsschutz (Basel 1948)
- Trumpler H.*: Unlauterer Wettbewerb und Anti-Trust-Recht der Vereinigten Staaten von Amerika (Basel 1944)
- Thur Andreas von/Siegwart Alf.*: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts 2. A. 2 Bde. (Zürich 1942/1944)
- Ulmer Eugen*: Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht (Berlin 1932)
- Vinassa Walter*: Die Kundschaft (Diss. Bern 1925)
- Widler Hans*: Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen (Diss. Zürich **)
- Wieland Carl*: Das Sachenrecht des Schweizerischen ZGB (Komm. zum Schweizerischen ZGB — Egger IV) (Zürich 1909)
- Wolffers Artur*: Grundfragen einer schweizerischen Kartell-Gesetzgebung; in SJZ 48 (1952) 69 ff.

*) Nicht im Druck erschienen

**) Erscheint erst nach Abschluss dieser Arbeit

ABKÜRZUNGEN UND ZITIERWEISE

I. Allgemeine Abkürzungen

A.	Auflage
a. a. O	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
AfW	Achiv für Wettbewerbsrecht (Berlin)
allg.	allgemein
a. M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
aOR	BG über das Obligationenrecht vom 14. 6. 1881
Arch	Archiv
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen (Eidg. Gesetzessammlung) — Ab 1948: Sammlung der eidg. Gesetze, wobei die Bände mit der jeweiligen Jahreszahl bezeichnet werden
BB1	Bundesblatt
Bd.	Band
Bde.	Bände
betr.	betreffend
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung.
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit
Bl	Blatt, Blätter
Botsch. I	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den unerlaubten Wettbewerb, vom 11. 6. 1934
Botsch. II	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb, vom 3. 11. 1942
BR	Bundesrat
BRB	Bundesratsbeschluss
Bull.	Bulletin
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft v. 29. 5. 1874
bzw.	beziehungsweise
dgl.	dergleichen
Diss.	Dissertation (thèse)
eidg.	eidgenössisch
Entwurf I	Entwurf eines Bundesgesetzes über den unerlaubten Wettbewerb, vom 11. 6. 1934
Entwurf II	Entwurf eines Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb, vom 3. 11. 1942
f.	für
ff.	und folgende
gl. M.	gleicher Meinung

GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Zeitschrift des deutschen Verein zum Schutze des gewerblichen Eigentums (Berlin)
hg.	herausgegeben
kant.	kantonal
Kart. R	Kartell-Rundschau. Zeitschrift für Kartellwesen und verwandte Gebiete (Karlsruhe i. B.)
Komm.	Kommentar
Lehrl. G.	BG über die berufliche Ausbildung vom 28. 6. 1930
lit.	litera
LWG	BG betr. die Lotterien und gewerbmässigen Wetten vom 8. 6. 1923
m. a. W.	mit anderen Worten
MMG	BG betr. die gewerblichen Muster und Modelle vom 30. 3. 1900
MSchG	BG betr. den Schutz von Fabrik- und Handelsmarken ... vom 26. 9. 1890
MuW	Markenschutz und Wettbewerb. Monatsschrift für gewerblichen Rechtsschutz (Berlin)
N	Note
NF	Neue Folge
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
o. J.	ohne Jahr
OR	BG über das Obligationenrecht vom 30. 3. 1911 / 18. 12. 1936
PatG	BG betr. die Erfindungspatente vom 21. 6. 1907
rev.	revidiert
RG	Deutsches Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt hg. im Reichsamt des Innern (Berlin)
RGSt	Reichsgerichtsentscheidungen in Strafsachen (Berlin)
RGZ	Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen (Berlin)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
sog.	sogenannt
Sten. Bull.	Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. 12. 1937
StR	Ständerat
u.	und
u. a. m.	und andere(s) mehr
URG	BG betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 7. 12. 1922
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb vom 30. 9. 1943
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
WV	Wörterbuch der Volkswirtschaft hg. von L. Elster (Jena 1933)
z. B.	zum Beispiel

ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. 12. 1907
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZugVO	Reichsgesetz über das Zugabeverbot (Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze der Wirtschaft vom 9. 3. 1932)
z. Z.	zur Zeit

II. Schriften, die in der ganzen Arbeit nur mit dem Verfasseramen zitiert werden

Böhm:	Wettbewerb und Monopolkampf (Berlin 1933)
Caminada:	Die zu schützenden Rechtsgüter im Wettbewerbsrecht (Diss. Bern 1944)
Castelberg:	Grundlagen des schweizerischen Wettbewerbsrechtes (Diss. Zürich 1948)
Dam:	Preisunterbietungen als Missbrauch wirtschaftlicher Macht und als unzulässiger Wettbewerb (Basler Studien zur Rechtswissenschaft Heft 9) (Basel 1935)
Fleiner/Giacometti:	Schweizerisches Bundesstaatsrecht (Zürich 1949)
Gutersohn/Lisowsky:	Gutachten über die wirtschaftliche Seite des Zugabewesens vom 1. 3. 1952 (nicht im Druck erschienen)
Heinig:	Rabatte und Zugaben (Frankfurt a. M./ Stuttgart 1950)
Junckerstorff:	Die Praxis des Zugabeverbots (Leipzig 1936)
Opitz:	Zugaben (Diss. Leipzig 1938)
Röpke I:	Die Lehre von der Wirtschaft (Erlenbach/Zürich 1943)
Röpke II:	Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart (Erlenbach/Zürich 1942)
Tiburtius:	Das Zugabewesen. Nr. 8 der Schriftenreihe der Forschungsstelle für den Handel, Berlin (Leipzig 1930)

III. Periodika

AfW	Archiv für Wettbewerbsrecht (Berlin 1935—40) ab 1940 unter dem Titel «Wirtschaftswerbung»
BBl	Bundesblatt (Bern)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung (Lausanne)
Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen	(Berlin)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Zeitschrift des deutschen Verein zum Schutze des gewerblichen Eigentums (Berlin)

Die Justiz	(Berlin 1925—33) ***
Kart. R	Kartell-Rundschau, Monatsschrift (Karlsruhe i. B.)
MuW	Markenschutz und Wettbewerb, Monatsschrift für gewerblichen Rechtsschutz (Berlin) ***
RGBI	Reichsgesetzblatt hg. im Reichsamt des Innern (Berlin)
RGSt	Reichsgerichtsentscheidungen in Strafsachen (Berlin) ***
RGZ	Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen (Berlin) ***
Semaine judiciaire (Genève)	
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
Sten. Bull.	Amtliches stenographisches Bulletin der Schweizerischen Bundesversammlung (Bern)
Der Wettbewerb	Mitteilungen der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. (Frankfurt a. M.)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

*** Erscheinen eingestellt

IV. Zitierweise

Wenn Gesetze abgekürzt zitiert werden, entspricht die erste arabische Zahl der Artikelzahl, die folgende der Zahl des Absatzes. Ein kleiner Buchstabe bezieht sich auf die litera (z. B. UWG 1,2 a = UWG Art. 1 Abs. 2 lit. a).

Bei Zeitschriften und Sammlungen entspricht die erste arabische Zahl der Bandnummer, die letzte der Seitenzahl. Dazwischen ist bei Zeitschriften die entsprechende Jahreszahl in Klammern angeführt.

N wird für Fussnoten verwendet.

Bei Dissertationen bezieht sich die Ortsangabe auf die Universitätsstadt, bei allen anderen Schriften auf den Verlagsort.

VORWORT

Mit der vorliegenden Arbeit wird das Ziel verfolgt, in ein umstrittenes Gebiet des Wettbewerbsrechtes eine gewisse Klärung zu bringen.

Nachdem bei den Beratungen zum UWG darauf verzichtet worden ist, über das Zugabewesen ausdrücklich zu legiferieren, verstummen die Stimmen nicht, welche eine gesetzliche Sonderregelung verlangen. Obwohl das Zugabewesen an und für sich eine charakteristische Materie bildet, nimmt es keine Sonderstellung ein, sondern ist ein Teilgebiet des wirtschaftlichen Wettbewerbs. Diese Erkenntnis ergab die Systematik der Abhandlung. Einer Besinnung auf die Entwicklung und die Bedeutung der Grundlagen des Wettbewerbsrechtes folgt die Abgrenzung des Zugabebegriffes, um in dritter Stufe die Zugabe mit wettbewerbsrechtlichen Erwägungen in Verbindung bringen zu können.

Die Ergebnisse der Untersuchung sollen nicht zuletzt der Beantwortung der Frage dienen, ob das schweizerische Recht eine Zugaben-Verordnung benötige oder nicht.

Ich möchte die Gelegenheit nicht verfehlen, Herrn Prof. Dr. K. Oftinger für das Verständnis und Interesse, das er der Arbeit entgegenbrachte, meinen besten Dank auszusprechen.

Dem Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit, dem Schweizerischen Gewerbeverband und der Zürcher Handelskammer, die mir verschiedene Unterlagen freundlicherweise zur Verfügung stellten, danke ich ebenfalls.

Erster Abschnitt

Der freie Wettbewerb

Vorbemerkung

Für viele Kritiker ist im 18. Jahrhundert die «freie Wirtschaft» als ein festes System entstanden, das in seiner Folge wohl einen produktiven Aufschwung, zugleich aber wirtschaftliche Anarchie und geistige Destruktion auslöste. Der Wettbewerb als tragendes Element der freien Wirtschaft bildet das Hauptziel ihrer Kritik, die nicht selten so weit geht, dass jede Einschränkung des Wettbewerbs als Fortschritt angesehen wird, ungeachtet der Auswirkungen in der Zukunft.

Wettbewerbsdrang und Konkurrenzgedanke sind so alt wie die Menschheit selbst. Tatsächlich hat sich am Grundtatbestand des Wettbewerbes im Laufe der Jahrhunderte nichts geändert¹. Die Kampfformen und Kampfregeln sind es, die — analog der Wirtschaftsstrukturen — einer dynamischen Entwicklung und Veränderung unterliegen. Ihre Veränderungen sind jedoch in starkem Masse von den verschiedenen ideologischen und weltanschaulichen Strömungen abhängig und können besser verstanden werden, wenn man sie im Zusammenhang mit diesen Grundlagen betrachtet.

¹ Böhm 93.

§ 1. Ursprung

I. Ideologische Grundlagen

Parallel zu der politischen Revolution vollzog sich die ökonomische Revolution des 18. und 19. Jahrhunderts. Beide förderten sich gegenseitig und ermöglichten die Entwicklung der Technik, der Arbeitsteilung und des Austausches¹.

Die geistigen Träger der Bewegung waren bekanntlich die Physiokraten in Frankreich, mit ihrem Hauptvertreter *François Quesney*, und die Schulen von *Adam Smith* und des sog. Manchestertums in England. Von den Physiokraten wurde die Wirtschaft erstmalig wissenschaftlich kritisiert und bearbeitet². Sie projizierten das Naturrecht und die in ihm begründeten Freiheitsforderungen auf die Wirtschaft, was nichts geringeres bedeutete, als die Forderung nach Ausschaltung aller staatlicher Eingriffe in das Wirtschaftssystem.

Die Wurzeln des Gedankens der freien Konkurrenz liegen also im revolutionären Milieu des 18. Jahrhunderts, erstrecken sich mit feinen Ausläufern noch weiter zurück, da der Druck des Absolutismus mit seinem merkantilistischen Aufschwung die freiheitliche Reaktion geradezu provozierte.

Durch Adam Smith erhielt das System der freien Konkurrenz seine klassische Formulierung³. Die Tatsache der ungleich verteilten Naturgüter, die Notwendigkeit des Austausches brachten ihn auf die Idee der Selbststeuerung der auf Konkurrenz beruhenden Marktwirtschaft.

Heute, da wir noch immer die Nachwirkungen der Revolutionszeit spüren, trotzdem aber zu jenen Zeiten eine gewisse Distanz haben, können wir allmählich erkennen, weshalb die grossen Geistesströmungen jener Tage sich nicht nur fruchtbar auswirkten. Der Grund ist derselbe, der immer wieder zu Kollisionen, Leerläufen und Kräftespaltungen Anlass

¹ Röpke II 71, 75 ff., 78 ff.

² Quesney François: Allgemeine Grundsätze der wirtschaftlichen Regierung eines ackerbautreibenden Landes, hg. Waenting (Jena 1921).

³ Smith Adam: Eine Untersuchung über Natur und Wesen des Volkswohlstandes, 3 Bde. hg. Waenting (Jena 1908/1920/1923).

Elster Ludwig: Smith's Lehre und die Lehren der sogenannten «Klassiker» der Volkswirtschaftslehre in WV III, 211 ff.

Weitere Literaturangaben bei Castelberg 35 ff.

gibt: die Sucht, sich in Extreme zu versteigen⁴, die Unfähigkeit, den goldenen Mittelweg der Mässigung und Toleranz zu finden. Das «laissez faire — laissez passer» wurde zum Losungswort blinder Anhänger des Freihandels und liess alle Schranken und soziologischen Grenzen der Wirtschaft vergessen. Selbst bei Adam Smith lassen sich einige Gedanken finden, die dafür sprechen, dass er sich der Notwendigkeit einer staatlichen Rechtsordnung bewusst war⁵. Wenn er diese Gedanken nicht deutlicher zum Ausdruck brachte, so ist dies verständlich, da er in starker Opposition zu der vorangegangenen merkantilistischen Periode stand und ganz einfach die Harmonie einer sich selbst steuernden Wirtschaft überschätzte. Die hochgespannten Erwartungen, die man in eine von der «unsichtbaren Hand» der Konkurrenz gelenkte Wirtschaft setzte, haben sich deshalb nicht erfüllt, weil man glaubte, auf den grundlegenden Rahmen der Moral, des Staates und des Rechts verzichten zu können.

II. Feste Grundlagen

A) Vorbemerkung

Für das Verständnis der Wirtschaft, des Wettbewerbes und des Wettbewerbsrechtes ist es unumgänglich, sich der einfachsten soziologischen Grundbegriffe zu erinnern, die dank ihrer festen Struktur und ihres tatsächlichen Vorhandenseins der Wirtschaft ein bestimmtes Gepräge geben. Da diese Grundtatsachen uns derart vertraut und selbstverständlich sind, ist die Versuchung gross, sie zu vernachlässigen oder gar zu übersehen. In den fundamentalen Tatsachen ist auch der Grund zu suchen, warum die Wirtschaft trotz der heutigen ausserordentlichen Differenziertheit ohne bewusste und planmässige Leitung auskommt. Dass eine gewisse Ordnung herrscht, kann niemand leugnen; ja es scheint fraglich, ob ein solch kompliziertes Gebilde wie es das Wirtschaftsleben moderner Industrieländer darstellt, durch zentrale Leitung und Planung besser gelenkt würde. Umso erstaunlicher ist das Phaenomen, dass das heutige Wirtschaftssystem *trotz Anarchie kein Chaos* ist⁶.

⁴ Dazu Beispiele bei Röpke II 83.

⁵ Smith, Adam a. a. O. I 10.

⁶ Röpke I 3 ff.

B) Situation

1. Arbeitsteiliger Tauschprozess

Der Kampf gegen den Mangel⁷ ist Sinn und Zweck jeder Wirtschaft. In der individuellen Form äussert sich dieses Bedürfnis in primitiver *Selbstversorgung*, während die Beziehungen komplizierter werden, sobald verschiedene Menschen miteinander in Verbindung treten.

Reine Selbstversorgung ist heute kaum mehr anzutreffen. Sehr bald hat die menschliche Gemeinschaft die Vorteile entdeckt, die entstehen, wenn jeder die seinen Fähigkeiten und äusseren Umständen entsprechenden Güter produziert und durch *Eintausch* seines Ueberflusses gegen den Ueberschuss der anderen seinen Bedarf ergänzt. Da damit jeder nur einen Teil seines Bedarfs selbständig produziert, ist zugleich auch die *Arbeitsteilung* Tatsache geworden.

2. Antrieb

Das soziologisch bedingte Gebilde des Tauschprozesses käme nicht in Gang ohne einen Antrieb. Ueberzeugend und zuverlässig hat der wohl gewichtigste menschliche Trieb die Rolle des «Motors» übernommen: der *Selbsterhaltungstrieb*. Seine Kraft ist der Urquell des Wettseifers, des Strebens, der Gewinnsucht und damit des gesamten Wirtschaftslebens.

3. Wettbewerb

Wettbewerb ist gegeben, wenn auf der einen Seite mehr als ein Tauschwilliger vorhanden sind. Der alleinstehende Tauschinteressent wird dem für ihn wertmässig günstigsten Angebot den Vorzug geben. Andererseits sehen sich die Offerenten vor der Situation, ihre Offerte den Wünschen des Gegenübers möglichst anzupassen, um das Ziel des Abschlusses zu erreichen. Um das gemeinsame Ziel bildet sich folglich ein Wettbewerb, den die Beteiligten durch Kampf gegeneinander, Vergleich oder Konkurrenz gewinnen können⁸. Damit ergibt sich die wichtige Erkenntnis, dass Konkurrenz nicht mit gegenseitiger Bekämpfung gleichzusetzen ist; sie ist vielmehr ein Streben nach gemeinsamem Ziel, um das jeder für sich kämpft (*Parallelkampf*).

⁷ Röpke I 19 ff.

⁸ Castelberg 46.

C) Entwicklung

Auf diesen Grundsäulen: dem arbeitsteiligen Tauschprozess, der Konkurrenz und dem Selbsterhaltungstrieb als belebendem Element ruht die Idee des *freien Konkurrenzsystems*. Die anarchische Ordnung erklärt sich aus Gewinnstreben und Parallelkampf, aus der *Machtlosigkeit* des Einzelnen, den Mechanismus zu beeinflussen. Die Machtlosigkeit sichert den harmonischen Ablauf des Geschehens und das allgemeine Gleichgewicht der Wirtschaft. Der Kampf gegen den Mangel reguliert Angebot und Nachfrage. Wenn wir die Konsequenzen gedanklich verfolgen, sehen wir das theoretische Idealbild eines ausgeglichenen Wirtschaftssystems, geregelt durch vollkommene Konkurrenz. Dass dieses Ideal Utopie bleiben musste, ist nicht zuletzt seinem Impuls, dem menschlichen Selbsterhaltungstrieb zuzuschreiben, der bekanntlich nicht nur positive Eigenschaften erzeugt.

§ 2. Versagen

I. Vorbemerkung

Die Beleuchtung einiger Versagensgründe soll zur Erklärung beitragen, warum die Theorie des freien Wettbewerbes das Schicksal anderer Geisteskonstruktionen teilte und in der Praxis bisher neben viel Positivem auch schwerwiegende Schattenseiten gezeigt hat. Die Kenntnis dieser Erfahrungstatsachen ist wichtig, denn sie ermöglicht die Schlüsse und *Folgerungen*¹, welche zum rechtlichen Problem des Wettbewerbes überleiten.

Wenn wir das heutige Wirtschaftsbild betrachten, fallen uns vor allem der Aufschwung und die gewaltige Ausbreitung auf, welche die Wirtschaft charakterisieren, seit sie vom Drucke des Absolutismus befreit wurde. Der Erfindergeist, der sich unter der einengenden Gewerbeverfassung des Mittelalters in technischen Spielereien unproduktiv erschöpft hatte, konnte sich ungehemmt entfalten². Die Mechanisierung, die Entwicklung der *Technik* brachte ausserordentlich Erleichterungen des Lebens, zugleich eine zunehmende Industrialisierung, welche die Menschen in ständig wachsende Städte band. Die Produktion wurde rationeller und erforderte immer grössere Arbeitsteilung und Spezialisierung. Andere Wissenschaften — z. B. Medizin und Hygiene — blieben hinter der Technik nicht zurück und förderten die starke *Zunahme der Bevölkerung*. Aus all den mannigfaltigen Erscheinungen und Erfahrungen, die den wirtschaftlichen Aufschwung begleiteten, seien einige der wichtigsten herausgegriffen, die schonungslos die Schwächen des Systems aufdeckten.

II. Einzelne Gründe

A) Vermassung

Die starke Zunahme der Menschheit ist ein schwerwiegendes Moment in der Entwicklung der Wirtschaft. Sie hat die wachsenden Kräfte des «Kapitalismus»³ zersplittert, da sich das Wirtschaftssystem vor der Auf-

¹ Hinten 27.

² Röpke II 78 ff.

³ Unter «Kapitalismus» ist in unserem Zusammenhange die Entwicklung zu verstehen, wie sie sich allgemein unter dem Einfluss westlicher Demokratien abspielte und sich damit von der kollektivistischen Planwirtschaft unterscheidet. Da dieses Wort verschiedentlich mit Verirrungen und Auswüchsen identifiziert wird, anderseits kein Ersatzausdruck gebräuchlich ist, wurden Anführungszeichen gesetzt.

gabe sah, auch dem ständig sich vergrößernden Zuwachs Dasein und Existenz zu bieten ⁴ und erklärt weitgehend das «Missverhältnis zwischen Fortschritt und Armut» ⁵. Hand in Hand mit der Bevölkerungsvermehrung und der hochgestaffelten Arbeitsteilung vollzieht sich eine Zerfallserscheinung der Gesellschaftsstruktur, die unter dem Begriff «Vermassung» bekannt ist. Familie, Gemeinde, Kirche und Beruf sind heute mehr als vor hundert Jahren von ihrem Ideal entfernt. Worte wie «Massenkundgebung», «Massenlager» und «Massenversorgung» charakterisieren diese Erscheinung. Der Mensch gehört heute zur Masse der Stimmberechtigten, der Konsumenten, der Autofahrer usw., was auch klarlegt, dass die «Masse» nicht mit den Schichten geringen Einkommens zu identifizieren ist. Sie ist vielmehr der Ausdruck für eine Allgemeinheit in bestimmten Beziehungen gleichgeschalteter Individuen, die in ihrem «Herdendasein» die individuelle Eigenart verlieren, urteilslos und geistig träge werden. Der verwickelte und differenzierte Wirtschaftsorganismus ist sehr empfindlich für Störungen, die leicht zu Totalstörungen (Krisen) werden. Es hat sich gezeigt, dass die Anfälligkeit für Störungen mit der Staffelung der Arbeitsteilung wächst ⁶. *Konjunkturen und Krisen* ⁷ halten die Wirtschaft in Atem, Arbeitslosigkeit und *Proletariat* sind die Folgen der Depressionen.

Der fortschreitende Prozess der Vermassung kann besser verstanden werden, wenn er im Zusammenhang mit anderen Versagensgründen — besonders dem moralischen Zerfall der Gesellschaft — betrachtet wird. Das unbefriedigende Gefühl einer eintönigen Arbeit, schwindendes Verantwortlichkeitsgefühl, körperliche und geistige Verweichlichung haben einen «Massentyp» geschaffen, der menschliche Qualitäten belächelt und seine Minderwertigkeitsgefühle in momentanen Genüssen und Sensationen zu vergessen sucht.

⁴ Röpke II 180.

⁵ Röpke II 176.

⁶ Röpke I 71.

⁷ Zum Thema «Konjunkturen und Krisen» ist folgende neuere Literatur zu nennen: Sternberg, Fritz: *The coming crisis* (New York 1947).

La Roche, Charles: *Die schweizerische Konjunkturpolitik der Nachkriegszeit* (Bern 1947).

Harrod, R.: *Dynamische Wirtschaft* (Wien 1949).

Anliker, Markus: *Unternehmung und Saisonschwankung* (Diss. Zürich 1950).

Kellenberger, Ed.: *Volkswirtschaftliche Irrtümer und Fehlgriffe*, Bd. I: *Sparen. Krisen und Vollbeschäftigung* (Bern 1951).

Jöhr, Walter, Adolf: *Die Konjunkturschwankungen* (Tübingen 1952).

B) Machtsucht — Machtkonzentration

Die Machtsucht ist eine egoistische Form des Selbsterhaltungstriebes. Mit ihren Erscheinungsformen der Unterdrückung und Ausbeutung ist sie schon rein äusserlich ein Requisit des Absolutismus und älterer Zwangsherrschaften.

Feudaleigentum und grosse Vermögen, gebildet aus anrühigen Geschäften (Sklavenhandel, Monopolkonzessionen), mussten aus der absolutistischen Zeit übernommen werden und gaben dem «Kapitalismus» einen schlechten Start.

Später haben sich diese *Machtpositionen* allerdings ziemlich verschoben; das charakteristische Odium des Missverhältnisses zum ehrlichen Arbeits- und Leistungsbetrieb ist in ihnen jedoch weitgehend geblieben. Die Zeit der schrankenlosen Freiheit hat solche Machtkonzentrationen geradezu provoziert. *Trust* und *Kartell* ermöglichen Kapital- und Machtzusammenballungen, welche das Gleichgewicht der Wirtschaft stören. Durch *Monopol Tendenzen* wird versucht die Konkurrenz auszuschalten, um Uebergewinne ohne die entsprechende Leistung zu machen⁸. Andererseits bildete sich eine «Verteidigung» in Form von Verbänden, Gewerkschaften und Genossenschaften, die ihrerseits wieder eine gewisse Macht repräsentieren.

Die ganze Entwicklung, die hier nur kurz angedeutet wurde, erzeugte Schwergewichte im Wirtschaftskampf, welche nicht ohne Folgen bleiben konnten und den praktischen Wert des Systems zeitweise in Frage stellten⁹.

C) Moral

Die Auswirkungen der teilweise unsinnigen Arbeitsstaffelung und der anwachsenden Kapitalmacht sind allgemein bekannt. Angesichts der mühe-

⁸ Zum Thema «Kartell, Trust und private Monopoles» ist folgende neuere Literatur zu nennen:

Marbach, Fritz: Ueber Kartelle und Kartellierung in der Schweiz (Bern 1937).

Hexner, Erwin: International Cartels (Chapel Hill 1946).

Lynch, David: The concentration of economic power (New York 1947).

Cartels, international: A League of National Memorandum (United Nations, Dep. of Economic Affairs, Lake Success 1947).

Lüthi, Paul: Der Staat und die Kartelle in der Schweiz (Diss. Neuchâtel 1947).

Peyret, Henry: La bataille des trusts (Paris 1948).

Kuczinski, Jürgen: Studien zur Geschichte des deutschen Imperialismus, Bd. I: Monopole und Unternehmerverbände (Berlin 1948), Bd. II: Propagandaorganisationen des Monopolkapitals (Berlin 1950).

⁹ Castenberg 61.

losen Kapitalgewinne verlieren breite Schichten Lust und Interesse an der Arbeit. Die durch Krisen bedingte Unsicherheit und die Vermassung fördern die Anonymität¹⁰ gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Beziehungen, die für den Zerfall der menschlichen Moral verantwortlich ist.

Die Geschäftsmoral erlaubt ein rücksichtsloses und auf die Vernichtung des Gegners gerichtetes Vorgehen, wie es sich der Kaufmann privat nie erlauben würde. Ebenso wird der in persönlichem Verkehr streng Ehrenhafte einen anderen Massstab der Moral anwenden, wenn sein Gegenüber die anonyme Gesamtheit der Konsumenten oder Steuerzahler ist.

III. Würdigung des Konkurrenzgedankens

Die Fehlentwicklungen, die Wirtschaft und Wettbewerb seit der Freiheitsreform kennzeichneten, sind in der vorangegangenen Darlegung keineswegs erschöpfend aufgezählt. Sie sind dafür verantwortlich zu machen, dass revolutionären Strömungen stets genügend belastendes Erfahrungsmaterial zur Verfügung stand, um das freie Konkurrenzsystem als solches anzugreifen.

Bei diesbezüglichen Auseinandersetzungen sollte nie vergessen werden, dass hinsichtlich Gestaltung und Prinzip eines Wirtschaftssystems nur zwei Möglichkeiten in Frage kommen: Autonomie oder Heteronomie¹¹. Der Ablauf der Produktion, die Bereitschaft, wirtschaftlich tätig zu sein, richtet sich entweder nach dem demokratischen Willen der Konsumenten oder nach autokratischen Befehlen. Wenn angesichts der bitteren Erfahrungen früherer Zeiten die erstere Möglichkeit vorgezogen wird, ist dies verständlich. Alle Fehlschläge des «Kapitalismus» können uns nicht darüber hinwegtäuschen, dass das freiheitliche System, verglichen mit dem wahren Gesicht vergangener Epochen, ein Fortschritt bedeutet. Der Kerngedanke: Steuerung der Wirtschaft durch Konkurrenz entspricht unseren demokratischen Freiheitsidealen, da er den Lauf der Wirtschaft den Bedürfnissen der Konsumenten anpasst und nach ihren Wünschen verändert.

Formell kann wohl der Produzent bestimmen, was und wie produziert wird. Materiell hingegen ist ausschliesslich das Bedürfnis des Konsumenten ausschlaggebend¹², der sich nicht in erster Linie um die Art und

¹⁰ Röpke II 212.

¹¹ Röpke II 166.

¹² Böhm 102.

Weise kümmert, wie das Produkt entsteht, sondern das *Resultat* kontrolliert und durch Kauf seinem Geschmack und Bedürfnis entsprechende Leistungen belohnt, andere aber durch Ablehnung bestraft.

Dies ist die geniale Lösung des Wirtschaftsproblems, die der Liberalismus gefunden hat. Die Fehlentwicklungen haben aber bewiesen, dass für den geordneten und sinnvollen Ablauf des Konkurrenzmechanismus bestimmte Voraussetzungen vorhanden sein müssen. Die Idee der freien Konkurrenz steht und fällt mit dem Vorhandensein eines zuverlässigen *rechtlichen Rahmens*, der — mit einer starken Staatsgewalt im Hintergrund — geeignet ist, das sinnvolle Funktionieren des Systems zu garantieren¹³.

¹³ Böhm 103.

Zweiter Abschnitt

Die rechtlichen Grundlagen

§ 3. Bedeutung des rechtlichen Rahmens

I. Ueberleitung zum rechtlichen Problem

Das System der freien Konkurrenz hat in der Garantie der Handels- und Gewerbefreiheit¹ seine erste rechtliche Grundlage erhalten. Dass diese Grundlage nicht geeignet war, die freie Konkurrenz als solche zu garantieren, ist bekannt².

Die Handels- und Gewerbefreiheit nach BV 31 regelte ausschliesslich das öffentlichrechtliche Verhältnis des wirtschaftlich tätigen Individuums zum Staat, indem die Freiheit des Wettbewerbs von hindernden staatlichen Einflüssen geschützt wurde.

Die Beziehungen der Wettbewerber unter sich blieben unberührt. Damit war die Freiheitsgarantie machtlos gegenüber Störungen, die sich aus dem ungeregelten Konkurrenzmechanismus ergaben. Dieser mangelhafte rechtliche Rahmen und die Tatsache, dass sich die notwendige Korrektur nur schwerfällig durchsetzte³, haben das Bild der freien Konkurrenz verüstert und ihren praktischen Wert in Frage gestellt. Im Jahre 1908 wurde in der Schweiz die verfassungsrechtliche Grundlage geschaffen, um auf dem Gebiete des Gewerbewesens einheitliche Bestimmungen aufzustellen⁴, aber erst 1943 erfuhr die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs durch ein Spezialgesetz ihre notwendige Förderung⁵.

¹ BV 31, aufgenommen in die Verfassung 1874.

² Castelberg 57.
Böhm 104 ff.

³ Die langsame Entwicklung der wirtschaftlichen Gesetzgebung ist nicht zuletzt eine Folge des Referendums. Einmischungen des Staates in das wirtschaftliche Leben waren der Auffassung der Allgemeinheit selten willkommen und wurden durch Volksentscheide immer wieder verworfen.

⁴ BV 34 ter, angenommen durch Volksabstimmung vom 5. 7. 1908 (aufgehoben und ersetzt durch BB über die Revision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vom 4. 4. 1946. BBl 1946 I 894, AS 63, 1041 ff.)

⁵ BG über den unlauteren Wettbewerb (UWG) 30. 9. 1943 (AS 61, 1 ff.) in Kraft seit 1. 3. 1945.

II. Aufgabe des Rechts

Die Verankerung der Handels- und Gewerbefreiheit in der Verfassung war ein Akt von grosser und weitreichender Bedeutung. Damit wurde das System der freien Konkurrenz zum legalen Ordnungsprinzip erklärt. Früher standen die Direktiven des Staates und der Zünfte grundsätzlich im Vordergrund, bekämpft von der nur sekundär wirkenden Kraft des Wettbewerbs. Heute sind die Rollen vertauscht. Die Konkurrenzfreiheit ist anerkannt als grundlegendes Prinzip der Wirtschaft⁶.

Heute hat das Recht ordnend dem Wettbewerb beizustehen und eine freie, geregelte Konkurrenz sicherzustellen, indem Auswüchse bekämpft werden, die mit dem Leistungsprinzip⁷ des Wettbewerbes in Widerspruch stehen. Diese Aufgabe des Rechts war mit der Einführung des freiheitlichen Systems gegeben. Dass sie verkannt wurde, ist der geschilderten ideologischen Entwicklung und theoretischen Auffassung zuzuschreiben. Allerdings gestaltete sich die damalige Beurteilung der Lage bei der Einführung der Handels- und Gewerbefreiheit sicherlich weit schwieriger als heute in retrospektiver Betrachtung.

Die Periode der Freiheitsausnützung, der Machtkonzentrationen, der sukzessiven Ausschaltung der Konkurrenz hat auf das Bild des freien Wettbewerbs derartige Schatten geworfen, dass die langsam aber stetig sich bildende Einsicht vor schwierigen Aufgaben stand, besonders, da sich die von der schrankenlosen Freiheit profitierenden Machtgruppen mit aller Kraft einer Korrektur entgegensetzten.

Die rechtlichen Ordnungseingriffe in das Wirtschaftsgeschehen sind nicht von vornherein als Einschränkungen der Freiheit anzusehen. Durch Verhindern des zügellosen Ausnützens einer unregelmässigen Freiheit ermöglichen sie vielmehr erst den allgemeinen Genuss einer gemässigten Freiheit. Deshalb sollen die rechtlichen Ordnungsbestrebungen in erster Linie gegen Machtansammlungen gerichtet sein. Dieser Erkenntnis entspringen die Regelungen des Steuerrechts. Auch die Tendenzen des Sozial- und Arbeitsrechts dienen diesem Ziel. Damit fördern schon diese Korrekturen das Funktionieren einer freien Konkurrenz, deren direkte Sicherung im Aufgabenbereich des Wettbewerbsrechtes liegt.

⁶ Böhm 104 ff.

⁷ Hinten 37.

III. Handels- und Gewerbefreiheit

Die Handels- und Gewerbefreiheit von 1874 liess keine wirtschafts-politische Massnahmen zur Steuerung und Gewährleistung des Prinzips der freien Konkurrenz zu. Da im Laufe der Zeit jedoch Interventionen des Staates in das wirtschaftliche Leben unumgänglich wurden, ergab sich je länger desto mehr eine Diskrepanz zwischen Bundesverfassung und tatsächlicher Rechtslage⁸. Die Spannung wurde noch verschärft, da der Staat immer mehr selbst als Unternehmer auftrat.

Der Bund besass die Befugnis zu Wirtschaftslenkungs-massnahmen nicht, da diese gegen BV 31 verstiesse⁹. Die wirtschaftliche Entwicklung verlangte nach Anpassung der Bundesverfassung an die neue Lage und damit nach einer neuen Formel der Handels- und Gewerbefreiheit.

Ein Verzicht auf das Freiheitsrecht kam nicht in Frage. Es galt lediglich einen neuen Ausgleich zwischen dem Grundsatz der freien Konkurrenz und der veränderten Wirtschaftslage zu finden¹⁰. Die neuen Art. 31, 31 bis, 31 ter, 31 quater, 31 quinquies, 32, 34 ter (Wirtschaftsartikel)¹¹ der Verfassung ermächtigten den Bund unter Umständen zur Durchbrechung des Prinzips der freien Konkurrenz und erteilen ihm noch andere Gesetzgebungskompetenzen, die zu Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit führen können¹².

Die Handels- und Gewerbefreiheit wird allerdings auch hier in vollem Umfange garantiert¹³. Damit wird das Prinzip der freien Konkurrenz als Grundordnung des wirtschaftlichen Wettbewerbs ausdrücklich anerkannt.

Unter den das Wirtschaftsleben regelnden Massnahmen ist eine grundsätzliche Unterscheidung zu treffen. Massnahmen im Sinne einer Bekämpfung von Auswüchsen und Missbräuchen wie sie durch das UWG getroffen wurden, bilden keine Beschränkung der Erwerbsfreiheit; im Gegenteil, sie erstreben eine Sicherung des Systems der freien Konkurrenz. Das gleiche gilt z. B. für polizeiliche Schranken der Gewerbefreiheit¹⁴. Bei sinngemässer Anwendung wird die durch die Wirtschafts-

⁸ Fleiner/Giacometti 279.

⁹ Fleiner/Giacometti 279.

¹⁰ BBl 1937 II 841, 848 (Botschaft des Bundesrates zu seiner Vorlage betreffend die neuen Wirtschaftsartikel der BV).

¹¹ AS 63, 1041.

¹² Fleiner/Giacometti 280 ff.

¹³ BV 31,1 erster Satz deckt sich inhaltlich mit dem bisherigen Art. 31,1 erster Satz.

¹⁴ Fleiner/Giacometti 286 ff.

artikel gegebene Ermächtigung, das Recht des Einzelnen auf freie Konkurrenz zur Wahrung höherer allgemeiner Interessen der Gesamtwirtschaft einzuschränken, die Freiheit des Einzelnen nicht ändern. Dagegen begründen die Wirtschaftsartikel auch Gesetzgebungskompetenzen, die zu direkten Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit führen können. Das die Wettbewerbsordnung dominierende Leistungsprinzip¹⁵ bringt die Härten einer scharfen aber gerechten Auslese mit sich. Die neue Formulierung der Handels- und Gewerbefreiheit versucht diese Härten abzuschwächen, indem sie Einbrüche in das Prinzip der freien Konkurrenz gestattet, die «zur Erhaltung wichtiger, in ihrer Existenzgrundlage gefährdeter Wirtschaftszweige oder Berufe nötig sind, wenn das *Gesamtinteresse* solche Massnahmen rechtfertigt»¹⁶. Diese Voraussetzung ist sehr unbestimmt und gefährdet damit die freiheitliche Ordnung in hohem Masse.

¹⁵ Hinten 37.

¹⁶ Fleiner/Giacometti 289.

BV 31 bis Abs. 2 Satz 2; 31 bis Abs. 3.

§ 4. Entwicklungsstufen von Lehre und Gesetzgebung

I. Frühere rechtliche Grundlagen

A) Uebersicht

Unter dem Regime des alten Obligationenrechtes bildete aOR 50 die Basis für die erste Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht, welche damit auf der allgemeinen Grundlage der unerlaubten Handlung versuchte, zwischen erlaubten und unerlaubten Wettbewerbshandlungen zu unterscheiden¹. Die 1908 erfolgte Ermächtigung des Bundes, auf Grund von BV 34ter für das Gewerbewesen einheitliche Bestimmungen aufzustellen², förderte vorerst lediglich die Regelung bestimmter Spezialgebiete des gewerblichen Rechtsschutzes³. Ein den Wettbewerb als solchen regelndes Spezialgesetz wurde wohl ins Auge gefasst, liess aber vorerst noch auf sich warten, da es offensichtlich Mühe bereitete, eine befriedigende Regelung der Wettbewerbsordnung zu finden.

Eine Zwischenlösung wurde bei der Revision des OR von 1911 mit Art. 48 gefunden, welcher damit in Verbindung mit OR 41 ff. (Haftung aus unerlaubter Handlung), ZGB 28 und OR 49 (Schutz der Persönlichkeit) bis zum Inkrafttreten des Spezialgesetzes die Grundlage des Wettbewerbsrechtes bildete.

B) Theoretische Entwicklung

1. Allgemein

Die rechtstheoretischen Erörterungen drehten sich hauptsächlich um den Schutz des Einzelnen im Wirtschaftsgeschehen. Um dieses Ziel mög-

¹ Michel, Janett: Die Entwicklung des zivilrechtlichen Begriffes «unlauterer Wettbewerb» (Diss. Bern 1945) 42 ff.

² AS 24, 883.

³ MSchG (Markenschutzgesetz) v. 26. 9. 1890 / 21. 12. 1928 / 22. 6. 1939. (AS 12,1/45,145 / 55,1229).

MMG (Muster- und Modellgesetz) v. 30. 3. 1900 / 21. 12. 1928. (AS 18,126 / 45,145).

PatG (Patentgesetz) v. 21. 6. 1907 / 9. 10. 1926 / 21. 12. 1928. (AS 23,705 / 43,9 / 45,145).

BG über das Prioritätsrecht an Erfindungspatenten und gewerblichen Mustern und Modellen v. 3. 4. 1914 / 21. 12. 1928. (AS 30,319 / 45,145).

URG (Urheberrechtsgesetz) v. 7. 12. 1922. (AS 39,65).

LehrlG (Lehrlingsgesetz) v. 26. 6. 1930. (AS 48, 789). vgl. Castelberg 91.

Das Gesetzgebungsrecht betr. den Schutz von Erfindungen sowie von Mustern und Modellen erhielt der Bund schon 1887 durch die Partialrevision der BV vom 10. 7. 1887 (AS 10,416).

lichst vollkommen zu erreichen, wurden verschiedene Theorien begründet, aus denen besonders zwei Richtungen hervorstechen, die derart im Zentrum rechtlicher Diskussionen standen, dass kurz auf sie eingetreten werden soll.

Die erstere Theorie ist durch die Konstruktion *wirtschaftlicher Persönlichkeitsrechte*⁴ gekennzeichnet, welche als Schutzgegenstand des Wettbewerbes aufgefasst werden. Das Persönlichkeitsrecht ist ein absolutes subjektives Recht und nicht zu verwechseln mit dem allgemeinen Recht der Persönlichkeit⁵.

Es mag kennzeichnend sein für die Unsicherheit, welche die ausschliesslich durch Persönlichkeitsrechte beherrschte Wettbewerbsordnung bot, dass im Schrifttum annähernd so viele verschiedene Lehren wie Autoren auftreten⁶.

Die Rechte an der Ehre, am Namen, am Kredit, an der Geheimsphäre reichten nicht aus, um alle Tatbestände unerwünschten Wettbewerbs zu erfassen. Durch die Anerkennung neuer Persönlichkeitsrechte wurde der Mangel nicht behoben; die Schutzlosigkeit der Vermögensinteressen des Einzelnen blieb weiterhin als Lücke bestehen⁷.

Die Anhänger der zweiten Theorie suchten die Lücke auszufüllen mit der Idee der *Immaterialgüterrechte*⁸. Das Immaterialgüterrecht ist als Gegenstück zum Persönlichkeitsrecht aufzufassen. Während dieses ein mit der Person untrennbar verbundenes, nicht verwertbares Recht darstellt, erfasst jenes ein von der Person losgelöstes, übertragbares eigentumsähnliches Recht.

In der Folge gingen die Meinungen darüber auseinander, welche von den sich aus dem Wirtschaftsleben ergebenden Rechte zu den Persönlichkeitsrechten und welche zu den Immaterialgüterrechten zu zählen seien⁹.

Die Tatsache, dass durch Wettbewerbshandlungen in die personenrechtliche und in die vermögensrechtliche Sphäre eines Wettbewerbers eingegriffen werden kann, führte die Rechtssprechung zur Anerkennung

⁴ Vgl. die bei Castelberg 89 zitierte Literatur, besonders: Caminada 35 ff.

⁵ Specker, Karl: Die Persönlichkeitsrechte mit besonderer Berücksichtigung des Rechts auf Ehre im schweiz. Privatrecht (Diss. Zürich 1910) 3: «Das Recht der Persönlichkeit ist eine Schale, bestimmt mit Rechten gefüllt zu werden; das Persönlichkeitsrecht ist ein Recht, bestimmt jene Schale zu füllen.»

⁶ Vgl. Baumbach: Komm. zum Wettbewerbsrecht (Berlin 1929) 125 ff. Callmann: Der unlautere Wettbewerb (Mannheim/Berlin/Leipzig 1929) 23 ff. Reimer: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht Bd. I (Berlin 1933) 50 ff.

⁷ Elster: Gewerblicher Rechtsschutz (Berlin/Leipzig 1921) 30. Castelberg 89.

⁸ Literaturangaben bei Castelberg 89.

⁹ Eine Uebersicht über einige verschiedene Ansichten bei Caminada 38.

beider Theorien. Bei Anwendung der Lehre der Immaterialgüterrechte war insofern Vorsicht am Platze, als durch den umfassenden Schutz eigentumsähnlicher Rechte im Wettbewerb monopolistische Tendenzen begünstigt werden ¹⁰.

2. In der Schweiz

Das schweizerische Wettbewerbsrecht hat mit OR 48 als Grundnorm die Theorie der wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte übernommen. Die Lehre ist durch den *Schutz der Kundschaft* gekennzeichnet ¹¹. Der Besitz der Geschäftskundschaft als das Ergebnis bisheriger wirtschaftlicher Anstrengungen, als «Anwartschaft zu Geschäftsabschlüssen» ¹² war das anerkannte Rechtsgut. Die Beziehung Unternehmer — Kundschaft wurde dadurch vor Eingriffen — insbesondere durch «unwahre Auskündigung» oder «andere Treu und Glauben verletzende Veranstaltungen» — geschützt. Die Grundlage des Art. 48 OR hat sich aber als zu eng erwiesen ¹³. Der notwendige Schutz anderer Rechtsgüter — Kredit, Unternehmen, berufliches Ansehen usw. — blieb den allgemeinen Bestimmungen von ZGB 28, OR 41 und 49 überlassen.

Das Bundesgericht hat mit einer Reihe von Entscheiden massgebend in die Entwicklung des schweizerischen Wettbewerbsrechtes eingegriffen. Es anerkannte grundsätzlich den Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit ¹⁴ und brachte den Bestrebungen, Immaterialgüterrechte auf das schweizerische Recht zu übertragen, gemässigte Skepsis entgegen ¹⁵. Nur für besonders schöpferische Ideen wurden eigentumsähnliche Rechte anerkannt ¹⁶. Ausdrücklich hat das Bundesgericht darauf hingewiesen, dass der aus den Persönlichkeitsrechten sich ergebende Schutz begrenzt ist, und der Schutz des einen seine Schranke dort finden muss, wo die

¹⁰ Castelberg 90.

¹¹ Die rechtliche Natur der Kundschaft ist umstritten.
Vgl. die Zusammenstellung der Ansichten bei Caminada 45 ff.
Vinassa, Walter: Die Kundschaft (Diss. Bern 1925).

¹² Castelberg 93.

¹³ Germann: Zur Generalklausel des Wettbewerbsrechtes; in SJZ 40 (1944) 286.
Germann: Vorarbeiten zur eidg. Gewerbegesetzgebung (Basel 1927) 107 ff.
Botsch. II (BB1 1942, 670).

¹⁴ BGE 42 II 599, 46 II 427, 52 II 354.

¹⁵ Zu beachten ist immerhin, dass auch das Recht an der Kundschaft Vermögensrechte enthält und nicht mit der Person fest verbunden ist, sondern bei Verkauf eines Unternehmens Geldwert annimmt und an den Verkäufer übergeht.

¹⁶ BGE 51 II 529, 52 II 383, 52 II 458 ff., 69 II 295 ff.

Freiheit des andern beginnt¹⁷. Der einzelne Wettbewerber konnte seinen Schutzanspruch nur geltend machen, wenn er persönlich in seinen Rechten angegriffen wurde. Dass damit nur ein Teil aller unerwünschten Wettbewerbshandlungen erfasst werden konnte, liegt auf der Hand, denn die verschiedenen nicht gegen einen bestimmten Konkurrenten gerichteten, sondern den Wettbewerb als solchen gefährdenden Auswüchse zu verhindern, fehlte die rechtliche Grundlage.

Das Bundesgericht hat jedoch auch diesen Nachteil zu beheben versucht und Handlungen verurteilt, die nicht direkt gegen bestimmte Mitkonkurrenten gerichtet waren¹⁸. Damit wurde der Schutzgedanke vom engen Verhältnis des einen Wettbewerbers zum anderen losgelöst und auf den grösseren Kreis der Allgemeinheit übertragen. Eine Entwicklungsstufe, welche für die Weiterbildung des Wettbewerbsrechtes von Bedeutung war.

Dass in diesem Sinne gefällte Entscheide selten waren, weist nicht so sehr auf ihren Grenzfallcharakter hin, sondern beleuchtet eher die Unsicherheit und Ungewissheit der Wirtschaftskreise, mit solchen Klagen durchzudringen¹⁹.

II. Besinnung

A) Wettbewerb als schutzbedürftige Veranstaltung

Im Bestreben, dem liberalen Prinzip der freien Konkurrenz im Wirtschaftsgeschehen zum Durchbruch zu verhelfen, haben Lehre und Rechtsprechung verschiedene Stufen durchlaufen. Alle diese Theorien lassen den Wunsch durchblicken, den wirtschaftlichen Wettbewerb durch Kampfregeln zu organisieren, um für jeden Einzelnen möglichst gleiche Bedingungen zu schaffen. Wenn früheren Rechtstheorien der Erfolg weitgehend versagt blieb, ist der Grund hauptsächlich darin zu suchen, dass die für das Wettbewerbsrecht notwendige Verbindung wirtschaftlicher und rechtlicher Ueberlegungen vernachlässigt wurde. Wie weit man auch die Konstruktionen der Rechtsgütertheorien ausdehnte, es gelang nicht, alle wettbewerbswidrigen Fälle zu erfassen. Ausserdem bestand die Gefahr, durch den immaterialgüterrechtlichen Schutz die ausgleichende Funktion der freien Konkurrenz in Frage zu stellen.

¹⁷ BGE 32 II 368, 52 II 383.

¹⁸ BGE 58 II 341.

¹⁹ Germann: Zur Generalklausel des Wettbewerbsrechtes; in SJZ 40 (1944) 289.

Was not tat, war eine *Besinnung* — eine allgemeine, grundsätzliche Besinnung auf die ideologischen und tatsächlichen Grundlagen des freien Wettbewerbes, auf den Sinn und die Funktion der freien Konkurrenz, wie sie ihren geistigen Schöpfern vorschwebte. Die Erfahrung zeigte immer deutlicher, dass eine rechtliche Ordnung des Wettbewerbs nicht befriedigt, wenn die Aufgabe des Rechts nicht aus den elementaren Grundzügen der Wirtschaft und des Wettbewerbes als Ganzes abgeleitet wird. Wenn aus der vergangenen Zeit Lehren gezogen werden können, drängt sich vor allem die Erkenntnis auf, dass alle unliebsamen Erscheinungen, welche immer eine Störung des allgemeinen Konkurrenzmechanismus bedeuten, nur dann mit Erfolg gesamthaft zu bekämpfen sind, wenn der *Wettbewerb als solcher geschützt ist*²⁰. Diese Aufgabe konnte jedoch ein nach Wettbewerbsgütern orientiertes Recht nicht befriedigend erfüllen. In derartigen Ueberlegungen wird gerne der *sportliche Wettkampf* zum Vergleich herangezogen²¹ mit dem Wunsche, die sportliche Fairness auf den wirtschaftlichen Wettbewerb zu übertragen. Der sportliche Wettbewerb wird durch Spielregeln organisiert. In ähnlicher Weise soll der wirtschaftliche Wettbewerb geregelt werden durch Kampfregeln, die das Funktionieren der freien Konkurrenz sicherstellen und deren Uebertretung als Verstoss gegen die Wettbewerbsordnung ein *Missbrauch des Rechtes auf freie Konkurrenz* darstellt²². Das Recht, am Wettbewerb teilzunehmen, welches grundsätzlich jedermann zusteht, verpflichtet eben die Teilnehmer zugleich, ihre Wettbewerbshandlungen in einem Rahmen zu führen, der das System der freien Konkurrenz nicht gefährdet.

Die rechtliche Ordnung erhält somit die Aufgabe, Wettbewerbshandlungen zu verhindern, die geeignet sind, den Konkurrenzmechanismus zu stören.

B) Leistungsprinzip

Eine Besinnung auf den Sinn des Wettbewerbes ergibt eine zweite Erkenntnis: der eigentliche Sinn des Wettbewerbes ist die «Erbringung. Sicherung und Belohnung der besten wirtschaftli-

²⁰ Hinten 41 ff.

²¹ Germann: Zur Generalklausel des Wettbewerbsrechtes: in SJZ 40 (1944) 286.

²² Hinten 41 ff.

chen Leistung»²³. Der Grundtatbestand des Wettbewerbes²⁴ wird nur sinnvoll, wenn hinter ihm als höhere Bestimmung das Leistungsprinzip gesehen wird. Dem Kunden fällt die Funktion zu, die beste Leistung zu belohnen. Diese wichtige Funktion kann der Kunde jedoch nur erfüllen, wenn er imstande ist, in *freier Willensentscheidung*²⁵ die ihm am meisten zusagende Leistung zu bestimmen. Die um die Belohnung des Kunden sich entwickelnde Konkurrenz spornt die Bewerber zu Leistungssteigerungen an und sichert dem Wirtschaftsleben eine stetige Entwicklung. Diese Ueberlegungen lassen erkennen, dass der wirtschaftliche Wettbewerb ein «*geregelter Leistungswettbewerb*»²⁶ sein muss. Der einzelne Teilnehmer handelt nur dann innerhalb der Wettkampfordnung, wenn er durch echte Leistung und ehrliche Anpreisung seiner Leistung den Kunden gewinnt. Andererseits soll die Belohnung dergestalt sein, dass sie dem Wettbewerber ermöglicht, seine Leistungskraft zu erhalten oder zu steigern²⁷. Jede Wettbewerbshandlung, die nicht den Grundsätzen des Leistungsprinzips folgt, bildet eine Gefahr für das Funktionieren des Konkurrenzmechanismus und stellt den Wert des Systems in Frage. Sei es, dass die freie Willensentscheidung des Kunden durch Mittel beeinträchtigt wird, die dem Leistungsprinzip widersprechen, sei es, dass der Mitkonkurrent durch Machenschaften behindert wird, die seine eigene Leistungsfähigkeit schwächen — in beiden Fällen wird die ausgesetzte Belohnung nicht mit der eigenen, echten wirtschaftlichen Leistung angestrebt. (Nichtleistungswettbewerb).

C) Rechtliche Folgerungen

Die vorangehenden Ueberlegungen haben folgendes gezeigt: Der Wettbewerb als Veranstaltung nimmt eine derart wichtige Stellung ein, dass das Recht seine Regelung übernehmen muss. Angesichts der mannigfal-

²³ Castelberg 76 und die dort zitierte Literatur.

Nachdem schon Adolf Lobe (Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Berlin 1907) auf diesen eigentlichen Sinn des Wettbewerbs hingewiesen hatte, und später H. C. Nipperdey (Wettbewerb und Existenzvernichtung in Kart. R 1930) und Eugen Ulmer (Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht, Berlin 1932) die Gedanken Lobes übernahmen, hat das Leistungsprinzip eigentlich erst durch Franz Böhm (Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933) seine rechtliche Würdigung erfahren.

²⁴ Vorn 22 ff.

²⁵ Castelberg 79.

²⁶ Böhm 125.

²⁷ Böhm 223, 226 ff.

tigen, stets sich ändernden Wettbewerbsstatbeständen kann das Recht seine Aufgabe nur erfüllen, wenn es den Wettbewerb als solchen garantiert und Handlungen, die das Funktionieren der freien Konkurrenz gefährden, grundsätzlich verhindert.

Da der Wettbewerb nur bei Verwirklichung des Leistungsprinzips sinnvoll ist, hat das Recht den Nichtleistungswettbewerb zu unterbinden. Jeder Konkurrent ist berechtigt, mit seiner eigenen, echten Leistung am Wettbewerb teilzunehmen. Er unterzieht sich damit dem Leistungsprinzip. Verstöße gegen das Leistungsprinzip stellen Missbräuche der Wettbewerbsordnung dar²⁸.

Die vorliegenden theoretischen Erwägungen können in der Praxis nicht konsequent durchgeführt werden, da es das komplizierte und vielgestaltige moderne Wirtschaftsgeschehen verunmöglicht, eindeutig zwischen Leistungswettbewerb und Nichtleistungswettbewerb zu unterscheiden. Die Verletzung des Leistungsprinzips muss eine gewisse Schwere erreicht haben, um als Nichtleistungswettbewerb angesprochen werden zu können²⁹. Solange die Verletzung nicht eindeutig nachgewiesen werden kann, muss Leistungswettbewerb *vermutet* werden³⁰.

Die tatsächliche Struktur der Wirtschaft erzwingt ausserdem einige direkte Einbrüche in das reine Leistungsprinzip, die im Bestreben, umgängliche Härten zu vermeiden, *geduldet* werden müssen³¹. Unberechenbare Faktoren können den Wettbewerber zwingen, Preise anzusetzen, die der gebotenen Leistung nicht äquivalent sind. Man wählt das kleinere Uebel, wenn solche defensive *Verlustpreise* zugelassen werden, da die Folgen gewerblicher Untätigkeit gewöhnlich schlimmer sind.

Es liegt auf der Hand, dass dieser Einbruch in den Leistungsgrundsatz eine Gefahrenquelle darstellt. Verlustpreise können auch in aggressiver Form auftreten, als Lock- oder Schädigungspreise.

²⁸ Selbstverständlich ist es unerlässlich, dass auch der höhere Rahmen des Rechts eine Regelung bietet, die derjenigen des speziellen Wettbewerbsrechtes gleichgeschaltet ist. Um das reine Leistungsprinzip und damit die vollkommene Konkurrenz durchzusetzen, müssten insbesondere folgende rechtliche Sicherheiten gegeben sein:

- Verbot von Preisvereinbarungen im Verhältnis der Anbieter bzw. Nachfragenden untereinander.
- Geregeltes Vertragsrecht.
- Eine Ueberwälzung des Konkurrenzinflusses auf Gläubiger, Arbeiter oder Staatskasse müsste verhindert werden können.

Vgl. dazu Miksch: Wettbewerb als Aufgabe (Godesberg 1947) 53 ff.

²⁹ Böhm 134.

³⁰ Böhm 135.

³¹ Böhm 133.

Eine Unterscheidung zwischen Leistungs- und Nichtleistungswettbewerb kann auf Grund des *objektiven* Tatbestandes getroffen werden. Entscheidend ist hier das im Wettbewerb verwendete *Mittel*³². Dieses Kriterium muss jedoch versagen bei der Bestimmung von geduldetem und unlauterem Nichtleistungswettbewerb. Ausschlaggebend ist hier eine *subjektive* Unterscheidungsmöglichkeit: die Frage nach dem *Zweck* des Verlustpreises³³. Wird durch Verlustpreise eine Anpassung an die veränderte Marktlage angestrebt, so sind sie zu tolerieren. Nicht zu dulden ist jedoch eine Handlung des Nichtleistungswettbewerbes, deren Zweck dem eigentlichen Sinn des Wettbewerbes widerspricht³⁴.

³² Castelberg 80 ff.

³³ Castelberg 85 ff.

³⁴ Böhm 80 ff., Castelberg 86.

§ 5. Grundlage des UWG

I. Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs

Die heute geltende Regelung des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch das UWG¹ anerkennt die Schutzwürdigkeit des freien Wettbewerbs als Veranstaltung. Geschützt wird das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung des Einzelnen, indem die missbräuchliche Ausübung dieses Rechtes bekämpft wird. Besondere Wettbewerbsgüter, die vor Eingriffen gesichert wären, werden abgelehnt².

Unter wirtschaftlichem Wettbewerb ist der Wettbewerb im Geschäftsleben, in der auf *Erwerb* gerichteten Tätigkeit zu verstehen³.

Die frühere Grundlage von OR 48 mit der Theorie der wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte, welche auch den Entwurf I zum UWG beherrschte⁴, wird damit verlassen und als neue Grundlage der Wettbewerb selbst bestimmt.

Unlauterer Wettbewerb ist «jeder Missbrauch⁵ des wirtschaftlichen Wettbewerbs»⁶.

Die Ausübung eines Rechtes ist an die Grundsätze von Treu und Glauben gebunden, welche als objektive Schranke diejenige Betätigung als Verstoss gegen Treu und Glauben kennzeichnen, die über den Inhalt und Sinn eines Rechtes hinausgeht⁷. Das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung wird somit durch seinen Inhalt und Sinn bestimmt. Ein Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs stellt deshalb jede Ausübung des Rechts auf freie wirtschaftliche Betätigung dar, welche dem Sinn des Wettbewerbes zuwider ist.

Als Sinn des Wettbewerbes wurden die Grundsätze des Leistungsprinzipes erkannt, die Erbringung, Sicherung und Belohnung der besten

¹ BG über den unlauteren Wettbewerb vom 30. 9. 1943, in Kraft seit dem 1. 3. 1945 (AS 61,1 ff.).

² Germann: Grundfragen des strafrechtlichen Schutzes gegen den unlauteren Wettbewerb; in Festgabe der Basler Juristenfakultät zum schweiz. Juristentag 1942 (Basel 1942) 107 ff.

³ BGE 74 IV 113, 75 IV 23. Nicht erfasst wird der Wettbewerb auf den Gebieten der Kunst, Kultur, Politik und des Sportes. Berufsverbände geniessen den Schutz des UWG nicht. Es steht ihnen jedoch ein Klagerecht zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder zu (UWG 2,3).

⁴ Entwurf I: Entwurf eines BG über den unlauteren Wettbewerb vom 11. 6. 1934 (BB1 1934 II 553 ff.).

⁵ ZGB 2; BGE 72 II 393 ff.

⁶ UWG 1,1.

⁷ Castelberg 98 und die dort zitierte Literatur.

wirtschaftlichen Leistung⁸. Der Leistungsgrundsatz wird damit zum über-
ragenden Ordnungsprinzip des wirtschaftlichen Wettbewerbs erhoben.
Als unlauterer Wettbewerb wird grundsätzlich der Nichtleistungswett-
bewerb betrachtet⁹. Diese Lehre bietet den grossen Vorteil, dass die Be-
kämpfung des unlauteren Wettbewerbs nicht mehr auf bestimmte gesetz-
lich festgelegte Einzelatbestände angewiesen ist.

Eine gesetzliche Enumeration von Einzelatbeständen schafft wohl eine
grössere Rechtssicherheit, kann aber angesichts der stetigen Entwicklung
nie alle Fälle erfassen. Der Gesetzgeber entschloss sich deshalb für die
Festsetzung eines allgemein gehaltenen Tatbestandes in Form einer *Gene-
ralklausel*.

Im Bestreben, die Generalklausel zu erläutern, wurden acht Einzelat-
bestände beigelegt, die nach den Erfahrungen der bisherigen Rechtspre-
chung als besonders typische *Beispiele* zu betrachten sind¹⁰.

II. Grundsätze von Treu und Glauben

Die Ausübung des Rechtes auf freie Konkurrenz ist nach ZGB 2 an
sich schon an die Grundsätze von Treu und Glauben gebunden. Durch
die Definition des unlauteren Wettbewerbs als «Missbrauch des wirt-
schaftlichen Wettbewerbs» und die nachfolgende Erwähnung der Grund-
sätze von Treu und Glauben weist der Gesetzgeber ausdrücklich auf
diese Schranke hin. Die so erfolgte Verknüpfung der Grundsätze von
Treu und Glauben mit dem Sinn des wirtschaftlichen Wettbewerbes
bestimmt zugleich die Anwendung jenes Kriteriums. Gegen Treu und
Glauben verstösst eine Wettbewerbshandlung, die dem Sinn der freien
Konkurrenz zuwider ist und damit gegen das Leistungsprinzip verstösst.
Entscheidend für die Beurteilung einer Wettbewerbshandlung nach der
objektiven Schranke von Treu und Glauben ist das im Konkurrenz-
kampf verwendete *Mittel*. Treu und Glauben bilden als Maxime des recht-
lichen Verhaltens ein selbständiges normatives Kriterium, welches eine
objektive Wertung des verwendeten Mittels verlangt¹¹. Ein subjektives
Verschulden ist nicht erforderlich.

⁸ Vorn 37.

⁹ Ausnahmen: vorn 39.

¹⁰ BGE 72 II 380, 73 IV 200. Die Aufzählung der Straftatbestände (UWG 13a—g)
ist im Gegensatz zu den für das Zivilrecht angeführten Einzelatbeständen
abschliessend. Germann a.a.O. 101 ff.

¹¹ Germann: Zur Generalklausel des Wettbewerbsrechtes; in SJZ 40 (1944) 285 ff.

In einer Reihe von praktisch wichtigen Fällen ist der Verstoss gegen Treu und Glauben durch den Tatbestand der *Täuschung* gegeben¹². Das Täuschungsmoment ist jedoch nicht als notwendige Voraussetzung zu betrachten, da die Schranke von Treu und Glauben erheblich weiter gefasst ist¹³.

III. Nachbemerkungen

Die vorliegende Betrachtung der allgemeinen Rechtsgrundlage kann nicht ohne einige grundsätzliche Bemerkungen abgeschlossen werden.

Es wurde festgestellt, dass die freie Konkurrenz nur sinnvoll wird bei Verwirklichung des Leistungsprinzipes. Der freie Wettbewerb muss der echten wirtschaftlichen Leistung zum Erfolg verhelfen, um Wirtschaft und Gewerbe den Fortschritt zu sichern. Neben der direkten Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes muss der weitere Rahmen des Rechts so geordnet sein, dass sich kein Wettbewerber in irgend einer Weise der Konkurrenzveranstaltung entziehen kann¹⁴. Wenn Gesetzgeber, Verwaltung oder Rechtsprechung vom reinen Leistungsprinzip abweichen, gefährden sie die Wettbewerbsordnung und handeln dem Sinn der freien Konkurrenz zuwider.

Die Verwirklichung des Leistungsprinzipes ist für den Markt und die Gesamtwirtschaft derart wichtig, dass wohl von einem *allgemeinen Interesse* an der Durchführung der Leistungsgrundsätze gesprochen werden darf. Die Problematik der modernen wirtschaftlichen Gesetzgebung ist damit klar ersichtlich. Einerseits muss die Durchführung des Leistungsprinzips sichergestellt sein, da das Prinzip der freien Konkurrenz als Grundordnung anerkannt ist und nur bei Innehaltung der Leistungsgrundsätze sinnvoll wird; andererseits soll der Bund das Prinzip der freien Konkurrenz unter Umständen durchbrechen, um das «Gesamtinteresse» zu wahren. Allerdings ist das «Gesamtinteresse» nicht identisch mit dem

¹² Beispiele:

UWG 1,2a: Herabsetzung durch unrichtige oder irreführende Aeusserungen.

UWG 1,2b: Unrichtige oder irreführende Reklame.

UWG 1,2c: Unzutreffende Titel oder Berufsbezeichnungen.

¹³ Beispiele:

UWG 1,2a: Herabsetzung durch unnötig verletzende Aeusserungen.

UWG 1,2e: Bestechung.

UWG 1,2f: Verleitung zu Geheimnisverrat.

UWG 1,2g: Verwertung verratener Geheimnisse.

UWG 1,2h: Verletzung von Arbeitsbedingungen (soziales Dumping).

¹⁴ Vorn 39. Note 28.

allgemeinen Interesse der schweizerischen Gesamtwirtschaft im Sinne von BV 31 bis Abs. 2, sondern erfasst auch gesamtpolitische Interessen¹⁵. Trotzdem liegt in dieser Gegenüberstellung ein Widerspruch, dessen Tragweite man sich im allgemeinen zu wenig bewusst ist.

Die Verfolgung dieser Gedankengänge würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit übersteigen. An dieser Stelle soll die Erkenntnis genügen, dass eine sinnvolle Beachtung der Leistungsgrundsätze im Interesse der wirtschaftlichen Entwicklung notwendig ist. Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs hat nicht zuletzt die Aufgabe, dem Leistungsprinzip zum Durchbruch zu verhelfen und immer wieder an die Leistungsgrundsätze zu erinnern.

Es wurde schon darauf hingewiesen, dass im Rahmen des Wettbewerbes die Funktion des Kunden von ausschlaggebender Bedeutung ist¹⁶. Der Kunde belohnt und verwirft. Seine Bedürfnisse und Wünsche beeinflussen die Produktion. Die Nachfrage reguliert den Markt. Der Funktion des Kunden ist deshalb in der Wettbewerbsordnung besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Die freie Willensentscheidung des Kunden soll nicht durch täuschende oder andere Mittel, die gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen, beeinflusst werden, denn solche Machenschaften erschweren oder verunmöglichen die Auslesefunktion des Kunden.

Die Mittel, mit denen auf die Abnehmer eingewirkt wird, sind mannigfaltig. Eines dieser Mittel ist die *Zugabe*. Die nachfolgenden Untersuchungen sollen zeigen, unter welchen Umständen eine Zugabengewährung Leistungsgrundsätze verletzt und damit als unlauterer Wettbewerb angesehen werden muss.

¹⁵ Fleiner/Giacometti 290.

¹⁶ Vorn 27.

Dritter Abschnitt

Die Zugabe

§ 6. Zugabe als Mittel der Kundenbeeinflussung

I. Vorläufige Definition

Die Mittel der Kundenwerbung sind ungezählt. Im grossen Rahmen gesehen lassen sich zwei hauptsächliche Gruppen von Reklameformen unterscheiden: die *Anschauungsreklame* und die *Kundenbevorteilung*¹. Die Anschauungsreklame stützt sich auf die Marktware als solche und sucht durch Ausstellen und Anpreisen des Produktes den Konsumenten die Vorzüge und Qualität der angebotenen Leistung kundzutun. Durch Kundenbevorteilung wird nicht mit der angebotenen Hauptleistung geworben, sondern versucht, durch in Aussicht gestellte *Nebenleistungen* den Konsumenten zum Kauf zu bewegen.

Die Werbung durch Kundenbevorteilung ihrerseits tritt in den verschiedensten Formen auf. Durch freundliche Bedienung und zuvorkommenden Kundendienst können dem Konsumenten schon Vorteile entstehen, welche er in anderen Geschäften nicht geniesst. Von eigentlicher Kundenbevorteilung kann hier jedoch nicht gesprochen werden. Diese tritt erst dann in Erscheinung, wenn dem Käufer Vorteile gewährt werden, die nicht verkehrsrühliche Begleiterscheinungen der Hauptleistung sind².

Dem Käufer werden beim Geschäftsabschluss *Gegenstände* verabreicht, die nicht wesentliche Bestandteile der Hauptware oder -leistung sind.

In zweiter Linie ist an solche Vorteile zu denken, die ein Kunde geniesst, wenn ihm statt Gegenstände *Leistungen* irgendwelcher Art beim Kauf zukommen — Einräumen einer Gewinnchance, Schulderrlass, Versicherungsleistungen, Rechtsauskünfte u. a. m.

¹ Rückert: Wettbewerbsgrenzen der Kundenbevorteilung (Leipzig 1929).

² Opitz 4.

An dieser Stelle soll diese grobe Umschreibung der Zugabe genügen. Eine genauere Abgrenzung des Zugabebegriffes wird im folgenden Paragraphen versucht³.

II. Geschichtliche Entwicklung der Zugabe

A) Allgemein

Ursprünglich beruhte die Zugabengewährung auf dem Gedanken des Geschenkes. Ihre Anfänge können deshalb in den ersten Stufen menschlicher Kultur gesucht werden — im Geschenkverkehr⁴. «Kleine Geschenke erhalten die Freundschaft.» Diese sprichwörtliche Erfahrung birgt das Geheimnis der Werbekraft moderner Zugabengewährung. Dass die Zugabe in ihrer historischen Form als Geschenk gedacht war, als Aufmerksamkeit für den Tauschpartner, leuchtet ein. Doch war sicher schon damals die Hoffnung, den durch das Geschenk erfreuten Partner an sich binden zu können, eine vielleicht unbewusste Triebfeder des Schenkens.

Es ist das Schicksal jedes wiederholt gebotenen Geschenkes, dass es mit der Zeit als selbstverständlich hingenommen wird. Dadurch sieht sich der Gebende gezwungen, sein Schenken zur Regel werden zu lassen, um auf der Seite des Abnehmers nicht Unwillen und Enttäuschung hervorzurufen. Um den gleichen Effekt wie bei der ersten Gabe zu erzielen, muss er den Wert des später Gebotenen vergrößern. So verliert das Geschenk seinen wahren Charakter.

Der Gebende schenkt nicht mehr aus Nächstenliebe, um seinen Partner zu erfreuen, er ist gezwungen zu schenken, da sich sonst sein Gegenüber zukünftig unwillig von ihm abwenden würde.

Die Entwicklung der Zugabe bestätigt diese allgemeinen Ueberlegungen.

Mittelalterliche Zunftordnungen enthielten schon Verbote, die sich gegen überbordende Zugabengewährung richteten. Früheren Ursprungs noch waren die alten Händlerusancen der Kleinzugaben bei Hochzeiten, Kirmes usw. an Hausfrauen, Kinder und Dienstboten⁵. Ein Brauch, an den sich die Händler zu halten hatten, wollten sie sich nicht die Sympathien der Kundschaft verscherzen.

³ Hinten 53 ff.

⁴ Gutersohn/Lisowsky 14.

⁵ Tiburtius 52.

Besonders im Bäckergewerbe war die Zugabengewährung die allgemein übliche Geschäftspraktik⁶. Wenn auch diese früheren Zugaben des Handwerks eher als branchenübliche Nebenleistungen angesprochen werden müssen⁷, darf doch mit Bestimmtheit angenommen werden, dass ihr Werbewert damals schon bekannt war.

Mit der Spezialisierung der Wirtschaft und der Märkte liess sich das Zugabewesen als Werbemethode planmässig und systematisch ausbauen. Der Markenartikel lieferte dazu die günstigsten Bedingungen.

Im Schrifttum wird die Zugabe relativ spät erwähnt⁸. Es kann festgestellt werden, dass die Zugabepraktik zu Beginn des 19. Jahrhunderts allgemein verbreitet war. Leipzig erliess 1837 ein Zugabeverbot speziell für den Tabakhandel⁹.

Grosse Markenartikelfirmen wandten um die Jahrhundertwende bereits ganz beachtliche Summen für die Zugabeklampe auf¹⁰. In den Beratungen zum Gesetz über den unlauteren Wettbewerb in Deutschland (1907 bis 1909) fand das Zugabeproblem seine erste rechtliche Würdigung, doch liessen Schwierigkeiten in der Unterscheidung zwischen einwandfreien und geschäftlich verwerflichen Formen der Zugabegewährung keine befriedigende Lösung zu¹¹.

Der erste Weltkrieg und die kriegsbedingte Warenknappheit verhierten eine weitere Ausdehnung des Zugabewesens. Erst mit dem Ende der deutschen Inflation (1923/24) erlebte die Klampe einen erneuten Aufschwung. Handelskreise und Verbände begannen sich eingehender mit dem Zugabeproblem auseinanderzusetzen. Wirtschaftliche Organisationen forderten ein Verbot. Die Anhänger des Zugabewesens schlossen sich zusammen und riefen einen «Schutzverband für Wertklampe» ins Leben¹². Der in Presse und Literatur ausgefochtene Interessenstreit nahm derartige Formen an, dass sich die Reichsregierung genötigt sah einzugreifen. Auf Ersuchen der Justiz- und Wirtschaftsministerien erstattete der vorläufige Reichswirtschaftsrat am 15. April 1930 ein Gutachten

⁶ Tabellen für die Staffeung der Weissbrotzugaben bei Tiburtius 52.

⁷ Tiburtius 53.

⁸ Exner, Rob.: Moderne Klampe (Zittau 1891) 81 verweist als mutmasslich erster Autor auf den Werbewert der Zugaben. Frühere Schriften beschränken sich darauf, Zugabentatbestände anzuführen und sie teilweise als Unsitte anzuprangern.

⁹ Tiburtius 52.

¹⁰ Beispiele bei Opitz 7. Z. B. lieferte Kathreiner im Geschäftsjahr 1897/98 ca. 10 Millionen Bestecke als Zugaben.

¹¹ Vgl. Tiburtius 55 ff.

¹² Vgl. Opitz 10 ff.

über die wirtschaftliche Wirkung des Zugabewesens¹³. Zu einem eindeutigen Ergebnis gelangte das Gutachten nicht. Die Frage, ob das Zugabewesen schlechthin unlauter sei oder nicht, wurde offengelassen. Insbesondere liess das Gutachten erkennen, dass die verschiedenen Industrie-, Handels- und Konsumentenkreise sich durchaus uneinheitlich zu der Zugabenfrage stellten. Trotzdem erliess die Regierung am 9. März 1932 durch Notverordnung ein Zugabeverbot¹⁴.

Die Verordnung war ein Fehlschlag, da sie Zugaben tolerierte, wenn der die Zugabe Gewährende sich erbot, an deren Stelle einen festen Geldbetrag bar auszuführen, der nicht unter dem Einstandspreis der Zugabe liegen durfte¹⁵. Die Zugabengewährung wurde dadurch geradezu propagiert. Das Reichsgesetz vom 15. Mai 1933¹⁶ hob die betreffende Bestimmung auf und schuf damit ein vollständiges Zugabeverbot, ohne jedoch eine allseitig befriedigende Lösung zu finden¹⁷.

Die Entwicklung in anderen Ländern durchlief ähnliche Stufen.

Grundsätzliche Verbote kennen *Dänemark* (1924)¹⁸, *Jugoslawien* (1930)¹⁹ und *Oesterreich* (1934)²⁰.

Teilweise Verbote erliessen *Norwegen* (1922)²¹, die *Tschechoslowakei* (1927)²² und *Lettland* (1927)²³.

Schweden verbot 1931²⁴ in seinem Gesetz über den unlauteren Wettbewerb Geschenkgaben und ähnliche Vergünstigungen.

¹³ Auszugsweise abgedruckt bei Tiburtius 171 ff.

¹⁴ RGBl I, 121.

¹⁵ ZugVO 1,2e. (am 1. Sept. 1933 ausser Kraft getreten.)

¹⁶ RGBl I, 264.

¹⁷ Vgl. H. Bucker: Das Zugabewesen (Diss. Freiburg i. Br. 1933) 50.

— Kahn, Walter: Das Zugabeverbot (Diss. Würzburg 1935) 14 ff.

— Schwarz, Günther: Unerlaubte und unlautere Zugaben (Diss. Leipzig 1935) 9 ff.

¹⁸ Vgl. Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen (Berlin 1926) 166 ff.

¹⁹ Vgl. Ligue internationale contre la concurrence illoyale: Europas Kampf gegen die Zugabe (Gouda 1931) 47/48.

²⁰ Bundesgesetz vom 3.8.34 über das Verbot von Zugaben oder Leistungen (Zugabengesetz). Bestätigt 1947 durch das Bundesgesetz über die Wiederherstellung des österr. Wettbewerbsrechtes.

²¹ Verbot der Bemessung der Zugabe nach dem Wert der Hauptleistung (auf den Bereich des Einzelhandels beschränkt). Vgl. Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen (Berlin 1922) 117/118.

²² Verbot der Ankündigung von Zugaben und der auslobungsartigen Zugabeformen. Vgl. Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen (Berlin 1927) 274 ff.

²³ Vgl. Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen (Berlin 1928) 26 ff.

²⁴ Vgl. Bucker a.a.O. 53.

B) In der Schweiz

Seit dem Beginn unseres Jahrhunderts wird auch in der Schweiz die Zugabepraktik als Mittel zur Absatzförderung planmässig angewandt.

Auch bei uns brachte der erste Weltkrieg eine Unterbrechung in der zunehmenden Verbreitung, da das Uebergewicht der Nachfrage über das Angebot keine starke Werbung erforderte. In den Nachkriegsjahren lebte das Zugabewesen umso intensiver auf. Der damals entbrannte Meinungs- und Interessenstreit hält bis heute an, trotzdem der zweite Weltkrieg und die nachfolgenden Jahre der Hochkonjunktur die Zugabewerbung in relativ gemässigte Bahnen bannten.

Die in den Jahren 1935/36 unternommenen Bemühungen um das Zustandekommen einer freien Konvention zur Regelung des Zugabewesens scheiterten, da sich einzelne bedeutende Firmen nicht entschliessen konnten, der Konvention beizutreten. Da auch in den Beratungen zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb in der Zugabefrage keine eindeutige Lösung gefunden werden konnte, beschränkte sich der Gesetzgeber darauf, den Bundesrat zu *ermächtigen*, durch Verordnung Vorschriften gegen Missbräuche im Zugabewesen zu erlassen²⁵.

Die betreffende Verordnung ist nicht erschienen, trotzdem interessierte Kreise diese Tatsache immer wieder erwähnen²⁶. Mit der vorliegenden Arbeit wird auch die Frage zu beantworten versucht, ob eine Zugabeverordnung für das schweizerische Recht benötigt wird, um missbräuchliche Formen der Zugabegewährung zu unterbinden.

III. Bedeutung

A) Psychologische Werbewirkung

Wir haben schon festgestellt, dass der Werbewert der Zugabe in dem — äusserlich betrachtet — schenkungsähnlichen Vorgang liegt. Dass durch Zugaben ein Angebot oft tatsächlich günstiger gemacht wird, lässt sich nicht bestreiten. Der Kaufmann erwirbt die Zugabeartikel en gros und kann sie in der Kalkulation zum Einstandspreis einsetzen. Die Zugabeartikel werden deshalb billiger abgegeben als im Spezialgeschäft. Die Zwischenhandelsmarge wird umgangen.

²⁵ UWG 20.

²⁶ Kleine Anfragen an den Bundesrat:

Müller am 16. 8. 50 (Neue Zürcher Zeitung Nr. 1702 vom 17. 8. 50).

Weber am 4. 6. 51 (Neue Zürcher Zeitung Nr. 1223 vom 5. 6. 51).

Durch Gutscheine- und Couponsysteme wird der Sparsinn der Konsumenten ausgenützt. Die Zugabe wird erst gegen eine bestimmte Anzahl Gutscheine verabfolgt. Der sparsame Kunde kann dadurch verleitet werden, einem Artikel treu zu bleiben, bis er die notwendige Zahl von Gutscheinen erworben hat, während er ohne Zugabe vielleicht den Konkurrenzartikel vorziehen würde. Abgesehen von diesen Ueberlegungen, die den Kunden vor dem Genuss der Zugabegewährung zu einem Kauf bewegen können, ist für die Werbung das Gefühl einer moralischen Verpflichtung von Bedeutung, das den Konsumenten nach Annahme der Zugabe zu künftigen Geschäftsabschlüssen verleiten kann.

Die planmässig organisierten Zugabesysteme beweisen, dass der Kaufmann die psychologischen Reizwirkungen der Zugabereklame bewusst spielen lässt²⁷.

Andererseits ist zu bedenken, dass der Zweck jeder Reklame schliesslich die Kundengewinnung ist. Die Anschauungsreklame sucht durch suggestiv wirkende Werbesprüche mit offenen oder versteckten Superlativen²⁸ ähnliche Effekte zu erzielen. Desgleichen sollen kleine Tricks in der Preisstellung den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorrufen²⁹.

B) Umfang

Die Geschichte des Zugabewesens zeigt eine auffallende Parallelität zwischen der Ausbreitung des Zugabewesens und den Konjunkturschwankungen. Es liegt auf der Hand, dass die Wirtschaft besonders in Perioden der beginnenden Depression die Reklametätigkeit forciert³⁰. Bei der Betrachtung des heutigen Umfangs der Zugabenreklame muss diese Erfahrung berücksichtigt werden, besonders, da die momentane Situation der Wirtschaft als Hochkonjunktur bezeichnet werden darf. Die Anzeichen einer beginnenden Depression werden die Zugabenreklame intensivieren.

Andererseits kann beobachtet werden, dass der Zugabenpraxis bestimmte Grenzen gesetzt sind. Eine gedrückte Gewinnmarge kann den Kaufmann schliesslich davon abbringen, Zugaben zu gewähren, da ihr Werbeerfolg

²⁷ A. M. Gutersohn/Lisowsky 14/15, die die Zugabengewährung als einen Versuch ansehen, den rein rationalen Charakter der Wirtschaft zu überwinden und ihr einen Rest gefühlsmässig privaten, nicht-wirtschaftlichen Wesens zu bewahren.

²⁸ Z. B. «Radion wäscht weiss».

²⁹ Fr. 4.95 statt Fr. 5.—.

³⁰ Gutersohn/Lisowsky 19.

hinter demjenigen direkter Preisabschläge zurückbleibt³¹. Auch wird eine unverhältnismässig wertvolle Zugabe beim Kunden Verdacht erwecken und ihren Zweck verfehlen.

Was den gegenwärtigen Umfang des Zugabewesens in der Schweiz betrifft, sind konkrete Zahlen weder in der Praxis noch aus der Literatur erhältlich.

Die Zugabekosten werden im allgemeinen betriebswirtschaftlich als gewöhnliche Reklamekosten behandelt und nicht gesondert verbucht. Bei grösseren Markenartikel-Industriebetrieben bewegen sich die Gesamtaufwendungen für die Zugaben zwischen 3 und 33 % der gesamten Werbekosten, die ihrerseits ca. 5—10 % des Umsatzes betragen. Daraus ergibt sich, dass die Zugabekosten sich zwischen 0,2 und 2,3 % des Umsatzes bewegen, wenn die Berechnung auf durchschnittlichen Werbekosten von 7 % vom Umsatz basiert³².

Das Ausmass des Zugabewesens darf nicht unterschätzt werden. Der aufmerksame Beobachter begegnet auf Schritt und Tritt einer Zugabengewährung.

Die grösste Mannigfaltigkeit hat die Zugabepraktik in der Verbindung mit dem Markenartikel gefunden. An erster Stelle dieser von der Produktionsstufe ausgehenden Zugabengewährung stehen die Seifenbranche und die Nahrungsmittelbranche. Die Zugabeartikelverzeichnisse dieser Branchen stellen umfangreiche Kataloge dar, die an Haushaltartikeln (Küchengeräte, Bestecke, Wäsche, Putzmittel, Nähzeug usw.), Artikeln des persönlichen Bedarfs (Kleiderbügel, Rasierklingen, Strümpfe, Armbanduhrer usw.) und Spielzeug (Bälle, Spielautos, Eisenbahn, Kochherd, Puppen, Bücher usw. usw.) über 200 verschiedene Zugabenartikel enthalten³³. Es handelt sich hier hauptsächlich um «Sammelsysteme», die derartig organisiert sind, dass der Kunde die jedem Produkt beigelegten Gutscheine zu sammeln hat, bis er die für den Bezug des betreffenden Zugabeartikels benötigte Zahl besitzt.

In neuester Zeit ist zu beobachten, dass sich Firmen verschiedener Branchen für die Zugabenreklame zusammenschliessen und einheitliche Gutscheine gewähren. Es sind dies die sog.

³¹ Gutersohn/Lisowsky 22.

³² Die Angaben über Zugabeaufwendungen sind dem Gutachten von Gutersohn und Lisowsky (24/25) entnommen worden. Die deutschen Verhältnisse von 1930 zeigten ein entsprechendes Bild. (Tiburtius 116.)

³³ Tabellen über konkrete Zugabeformen bei Gutersohn/Lisowsky im Anhang.

- «Adula-Gutscheine» für Jugendbücher,
- «Juwo-Reisepunkte» für Fahrten mit der SBB oder Swissair,
- «Silva-Checks» für Bilderbücher.

Die Zugaben des Detailhandels beschränken sich im Gegensatz zu denjenigen der Produktionsstufe meist auf Artikel der eigenen Branche. Am gebräuchlichsten sind die verschiedenen Rabattarten³⁴ in Verbindung mit Rabattmarken, Sparmarken oder Kassascheinen. Verschiedentlich wird auch mit dem Rabatt eine branchenfremde Zugabe verbunden³⁵.

³⁴ Hinten 60 ff.

³⁵ Z. B. für zehn gefüllte Sparbüchlein zusätzlich ein Stadtrundflug oder eine Gewinnchance.

§ 7. Abgrenzung des Zugabebegriffes

I. Abhängigkeit des Zugabegeschäftes vom Hauptgeschäft

A) Allgemein

Schon aus dem Begriff «Zu-Gabe» folgt, dass die als Zugabe betrachtete Ware oder Leistung in einem Zusammenhang mit der Hauptleistung stehen muss. Eine Zugabe liegt nur vor, wenn wenigstens zwei Leistungen verabfolgt werden. Zu einer Leistung wird eine zweite hin- «zugegeben». Eine Leistung erscheint als prinzipale, die andere als akzessorische.

Für die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenleistung ist die Art der vertraglichen Verknüpfung massgebend. Die Zugabengewährung stellt somit kein selbständiges Rechtsgeschäft dar. Sie ist abhängig vom Hauptgeschäft. Die *akzessorische Natur* ist begriffswesentlich für das Zugabegeschäft¹. Die Zugabe wird auf Grund eines Hauptgeschäftes gewährt. Sie wird bedingt offeriert, d. h. unter der Bedingung, dass die Hauptware zum festgesetzten Preis abgenommen wird. Die Abnahme der Hauptleistung ist *conditio sine qua non* für die Gewährung der Zugabe. Fehlt ein kausaler Zusammenhang mit einem Hauptgeschäft, so ist der Begriff der Zugabe nicht erfüllt. Wird die Gabe selbständig, ohne irgendwelchen Zusammenhang mit einem anderen Rechtsgeschäft gewährt — z. B. Abgabe an jedermann —, so liegt begrifflich keine Zugabe vor. Unter dem kausalen Zusammenhang muss verstanden werden, dass die Zugabe nur versprochen oder gewährt wird, *weil* das eigentliche Hauptgeschäft abgeschlossen wird. Ein enger zeitlicher oder örtlicher Zusammenhang ist deshalb nicht notwendig. Es ist nicht erforderlich, dass die Zugabe einer bestimmten Ware beigelegt wird. Der Begriff der Zugabe ist erfüllt, wenn sie im Zusammenhang mit einem Rechtsgeschäft erst nach längerer Zeit oder zum voraus gewährt wird.

B) Abgrenzung Zugabe — Werbegabe

Die akzessorische Natur des Zugabegeschäftes tritt im Vergleich mit der Werbegabe² besonders deutlich in Erscheinung. Die Werbegabe wird bedingungslos an Käufer und Nichtkäufer abgegeben — sie stellt ein echtes Geschenk dar.

¹ Vgl. Heinig 9 ff., Opitz 62 ff., Tiburtius 1 ff., Junckerstorff 9 ff.

² Heinig 18/19, Opitz 62 ff.

Der Begriff der Zugabe verlangt ein entgeltliches Hauptgeschäft als Voraussetzung für ihre Gewährung. Die Nebenleistung (Zugabe) muss in einem kausalen Zusammenhang mit der Hauptleistung stehen. Damit stellt sich die Frage, wann und unter welchen Umständen ein solcher Zusammenhang vorliege. Sind die «Geschenke», die der Kaufmann zu Neujahr oder Weihnachten seinen Kunden zustellt, Werbegaben oder Zugaben? Wenn das Vorhandensein eines ursächlichen Zusammenhanges mit dem Hauptgeschäft bejaht werden muss, dann sind sie Zugaben. Dieser Zusammenhang muss jedoch angenommen werden, wenn der Kaufmann seine Kunden «beschenkt». Die Gabe hat ihre Ursache in den im Laufe des Jahres getätigten Geschäftsabschlüssen und wird im Zusammenhang mit dem Gesamtbezug des Jahres gewährt. Hier muss auch von einer Zugabe gesprochen werden, wenn der Kaufmann die Neujahrsgabe nicht versprochen hat, seine Gaben aber so zur Gewohnheit geworden sind, dass die Kunden mit ihr rechnen konnten und vielleicht gerade deshalb zum Geschäftsverkehr veranlasst wurden.

Ist eine solche Gabe an Nichtkunden auch als Zugabe anzusehen? Die Frage ist grundsätzlich zu verneinen, da in diesem Fall ein ursächlicher Zusammenhang mit einem Hauptgeschäft fehlt. Die deutsche Lehre³ bejaht jedoch diese Frage mit dem Argument, dass der Zusammenhang mit einem Hauptgeschäft wohl im Zeitpunkt der Gewährung fehle, dass er sich jedoch noch einstellen könne, nämlich dann, wenn der Beschenkte auf Grund des Geschenkes Kunde werde. Damit will der psychologischen Werbewirkung der Gabe Rechnung getragen werden, indem von einem «moralischen Zwang» gesprochen wird, mit dem der Beschenkte beeinflusst werden solle.

Trotzdem die psychologische Seite einer solchen Gabe nicht bagatellisiert werden kann, darf dieser Meinung nicht beigetreten werden. Die Zugabe muss ihre Ursache in einem Hauptgeschäft haben. Der kausale Zusammenhang darf nicht so weit gefasst werden, dass er schon vermutet werden kann, wenn nur die Möglichkeit besteht, dass noch ein Hauptgeschäft getätigt wird. Wenn der Beschenkte trotz der Gabe nicht Kunde wird, ist es falsch, die Gabe als Zugabe zu bezeichnen. Die Lehre vermittelt deshalb kein sauberes Resultat. Gelegenheitsgeschenke an Nichtkunden sind Werbegaben, keine Zugaben.

³ Urteil des RG vom 10. 12. 35, zit. bei Heinig 9/10. Opitz 63.

Im übrigen kann oft nur unter Berücksichtigung aller Nebenumstände zwischen Werbegaben- und Zugabengewährung unterschieden werden.

Ein Tabakwarenhändler, der in seinem Laden kleine Messer an alle Besucher seines Geschäftes verteilen lässt, ob sie Kaufgeschäfte abschließen oder nicht, gewährt in der Mehrzahl aller Fälle Zugaben⁴. Der Tabakladen ist ein Spezialgeschäft mit qualitativ und preislich standardisierten Markenartikeln. Es ist deshalb anzunehmen, dass der Laden sozusagen nur von Leuten betreten wird, die einen Kauf tätigen. Nichtkäufer treten in solch verschwindender Minderheit auf, dass die Hingabe der Messer in der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle den Zugabebegriff erfüllt. Anders wäre die Situation, wenn die Messer in einem Warenhaus oder in einem offenen Tabakwarenstand einer Ausstellung, eines Jahrmarktes usw. verteilt würden. Dann wären unter den Empfängern der Messer die Nichtkäufer in einer solchen Zahl vertreten, dass die Gabe allgemein gesehen als Werbegabe bezeichnet werden müsste.

Ein kausaler Zusammenhang zwischen Hauptgeschäft und Nebenleistung muss auch verneint werden, wenn die Gabe nicht aus Anlass geschäftlichen Verkehrs, sondern auf Grund persönlicher Beziehungen gewährt wird — sogar dann, wenn die persönlichen Beziehungen auf den Geschäftsverkehr zurückzuführen sind. Solche persönliche Verhältnisse sind besonders im Einzelhandel nicht selten. Ist die Gabe auf ein derartiges persönlich-freundschaftliches Verhältnis zurückzuführen, so hat sie sich von der Hauptleistung oder einem Gesamtbezug während eines Zeitraumes in solchem Masse losgelöst, dass sie nicht mehr als Zugabe angesehen werden kann.

In der Regel kann der Nachweis eines kausalen Zusammenhanges zwischen Zugabe und Hauptgeschäft eindeutig erbracht werden. Die Ankündigung des Werbemittels gestattet in den meisten Fällen schon eine Bestimmung des Zugabecharakters.

Ein in Zeitschriften ausgeschriebener Wettbewerb ist als Einräumung einer Gewinnchance Werbegabe, solange die Beteiligung am Wettbewerb nicht an ein Abonnentenverhältnis gebunden ist oder auch nur vom Kauf eines Exemplars der Zeitschrift abhängig gemacht wird. Mit der Abhängigkeit erfüllt sich jedoch die Voraussetzung des kausalen Zusammenhanges; der Zugabetatbestand ist damit gegeben.

⁴ Entscheid des Oberlandesgerichtes Düsseldorf in AfW 1934, 15. Vgl. Opitz 64.

Die Firma, welche jedermann den Fahrpreis vom Wohnort zum Geschäftslokal vergütet, ohne die Vergütung von einem Kauf abhängig zu machen, bietet eine Werbegabe. Sobald sie die Vergütung aber nur dem Käufer gewährt, handelt es sich um eine Zugabe.

Eine saubere Abgrenzung zwischen Werbegabe und Zugabe muss sich auf den einzelnen Fall beschränken. Um die ganze Werbeaktion eines Unternehmens als Werbegabenaktion bezeichnen zu können, genügt die Feststellung nicht, die Gabe werde grundsätzlich auch dem Nichtkäufer gewährt. Es muss untersucht werden, ob Nichtkäufer von dem Angebot überhaupt Gebrauch machen. Ergibt sich dann, dass unter den Gabeempfängern in der überwiegenden Mehrzahl Käufer figurieren, so muss die Aktion generell als Zugabenaktion bezeichnet werden.

Gerade beim Angebot der freien Fahrt zum Geschäftslokal ist der Verdacht berechtigt, dass die Vergünstigung in erster Linie Käufern zukommt. Ebenso können sog. «Gratiswettbewerbe für jedermann» nicht ohne weiteres als Werbegabenaktionen angesprochen werden. Es zeigt sich nämlich bei näherem Zusehen oft, dass die Wettbewerbsaufgaben Fragen enthalten, die nur beantwortet werden können, wenn ein Produkt der den Wettbewerb veranstaltenden Firma gekauft wird. Unter solchen Umständen ist die Werbeaktion trotz der Anschrift «teilnahmeberechtigt ist jedermann, ob Käufer oder Nichtkäufer» als Zugabenaktion zu bezeichnen.

Die Untersuchung der konkreten Verhältnisse und Feststellung des prozentualen Anteils der Käufer und Nichtkäufer unter den Gabeempfängern ist unumgänglich, um dem wirklichen Charakter einer solchen Aktion gerecht zu werden.

C) Abgrenzung Zugabe — Kombinationskauf

Die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenleistung ist wichtig, um den Zugabetatbestand vom sog. Kombinationskauf (Koppelungskauf, combination sales) trennen zu können.

Für den Kombinationskauf ist es typisch, dass der Käufer die einzelnen Waren kumulativ abnimmt. Die Offerte lautet: «Alle Waren oder keine»⁵.

⁵ Der Käufer kann natürlich auf eine Ware verzichten, was jedoch den Charakter der Offerte nicht ändert. Die derartig offerierte Ware wird als Hauptware verkauft.

Im Zugabetatbestand wird die Hauptware unabhängig von der Abnahme der Zugabe offeriert. Die Offerte lautet: «Hauptware zum festgesetzten Preis, zudem Berechtigung zur Annahme der Nebenleistung (Zugabe)».

Die äusserliche Aehnlichkeit der beiden Verkaufsmethoden bringt es mit sich, dass der Kombinationskauf in Ländern, die ein Zugabeverbot kennen, zur Verschleierung des Zugabetatbestandes herangezogen wird⁶.

Zunächst ist festzustellen, dass der Kombinationskauf in zahllosen Fällen seine wirtschaftliche Berechtigung hat. Beispiele für solche Koppelungsverkäufe sind die Möbel- und Wäscheaussteuern, der Werkzeugkasten, die Taschenapotheke, das Nähzeug, verschiedene Geschenkpakungen usw. In allen diesen Fällen werden die Warenezusammenstellungen gesamthaft verkauft.

Ausgehend vom oben genannten Kriterium ist die Unterscheidung zwischen Zugabegewährung und Koppelungsverkauf leicht zu treffen. Da sich jedoch die meisten Zugabetatbestände mit Leichtigkeit in Koppelungsverkäufe umwandeln lassen, ohne ihre wirtschaftlichen und wettbewerbsrechtlichen Merkmale zu verlieren, muss sich uns das Bedürfnis aufdrängen, im Rahmen der Kombinationsverkäufe zwischen «echten», wirtschaftlich anerkannten Koppelungsgeschäften und verschleierte Zugabegewährung zu unterscheiden.

Die Verkoppelung zweier Waren mit dem Zweck, eine Zugabengewährung zu verschleiern, liegt z. B. dann vor, wenn ein Verkäufer, der bis anhin jedem Käufer von einer bestimmten Kaufsumme an eine Kaffeetasse als Zugabe aushändigte, dazu übergeht, die Tasse mit der Hauptware (z. B. 1 kg Kaffee) unter Beibehaltung des früheren Preises für die Hauptware oder mit geringem Zuschlag zu verkoppeln. Seine Offerte lautet nun nicht mehr: «Hauptware zum angesetzten Preis plus Berechtigung zum Bezug der Zugabe», sondern: «beide Waren gesamthaft zum angesetzten Preis».

Das Beispiel mag illustrieren, dass ein solcher Verkauf im praktischen wirtschaftlichen Effekt einer Zugabengewährung gleichkommt, trotzdem rechtlich kein Zugabetatbestand mehr vorliegt.

Die Unterscheidung zwischen echten Koppelungsverkäufen und verschleierten Zugabegewährungen ist schwierig. Eine scharfe Grenze ist

⁶ Z. B. Deutschland. Vgl. Opitz 77 ff., Heinig 20 ff., Junckerstorff 27 ff.

kaum zu finden. Es lassen sich lediglich einige Indizien⁷ aufzeichnen, die auf die eine oder andere Art hinweisen.

Beim echten Kombinationskauf liegen die Verhältnisse so, dass die einzelnen Waren wertmässig Einzelteile darstellen. Der Preis der Warenzusammenstellung stellt die Summe der Einzelpreise dar, wobei allenfalls ein Nachlass im Sinne eines Mengenrabattes⁸ zu berücksichtigen ist. Die verrechneten Einzelpreise entsprechen aber ungefähr den Preisen, die in Fachgeschäften für die einzelnen Waren zu bezahlen sind. Der Verdacht einer Zugabenverschleierung ist nun berechtigt, wenn für die Ware ein Preis verrechnet wird, der kaufmännisch nicht zu rechtfertigen ist.

Das echte Kombinationsangebot rechtfertigt sich durch die Zweckmässigkeit seiner Warenzusammenstellung. Werden Waren willkürlich zusammengestellt, die in keinem Zusammenhang stehen und deren Verbindung dem Verbraucher keine besonderen Vorteile bietet, so ist eine Zugabenverschleierung wahrscheinlich⁹.

Typisch für ein verschleiertes Zugabenangebot ist die wirkliche oder vermeindliche Verbilligung eines «Lock- oder Mitgehartikels». Bei üblichen Kombinationen, wie sie sich in einzelnen Branchen mit der Zeit entwickelt haben, ist in der Regel keine Verschleierungsabsicht anzunehmen.

Bei Geschenkwarenzusammenstellungen, die meistens willkürlichere Warenverbindungen darstellen, ist eine Verschleierungsabsicht zu verneinen, wenn die Warenkombination sich besonders zu Geschenkwegen eignet (Hochwertigkeit sämtlicher Teile) und eine ordnungsgemässe Kalkulation vorliegt¹⁰.

⁷ Vgl. Grundsätze der Reichswirtschaftskammer in GRUR 1936, 30. Heinig 42 ff.

⁸ Hinten 61.

⁹ Heinig 20 ff., 42 ff.

¹⁰ Heinig 20.

II. Zugabegegenstand

A) Ware oder Leistung

Gegenstand der Zugabe kann eine Ware oder eine Leistung sein¹¹. Unter *Waren* sind bewegliche körperliche Sachen, sowie Naturkräfte, die der rechtlichen Herrschaft unterworfen werden können¹², zu verstehen, — also vor allem die verschiedenen Gebrauchsgegenstände, die Artikel des Handels und Gewerbes, sowie Gas (Industrie- und Kochgas) und elektrischer Strom. Auf die besonderen Verhältnisse bei Geldzugaben wird noch zurückzukommen sein¹³.

Eine peinlich genaue Abgrenzung des Begriffes «Ware» ist im übrigen nicht am Platze. Auch wenn eine Sache normalerweise nicht gehandelt wird, kann sie als Zugabe auftreten. Wichtig ist in unserem Zusammenhang, dass auch eine derartige Sache für den Empfänger einen gewissen Wert repräsentieren kann (Gebrauchswert, Sammelwert).

Für verschiedene Autoren kommen Waren von gleicher Art wie die Hauptware (brancheneigene Waren) als Zugaben nicht in Frage. «Werden Waren gleicher Art zugegeben, so liegt keine Zugabe vor, sondern Rabattgewährung.»¹⁴ Der Widerspruch dieses Satzes spricht für sich selbst. Diese Auffassung verknüpft die Begriffsbestimmung der Zugabe mit wettbewerbsrechtlichen Aspekten, indem versucht wird, nur solche Nebenleistungen als Zugaben anzusehen, die beim Käufer bestimmte Reaktionen auslösen (kaufanreizende Wirkung, Täuschungsgegnung). Da diese Methode auch subjektive Elemente berücksichtigen muss, ist eine saubere Abgrenzung des Zugabebegriffs zweifelhaft. Das Resultat wird genauer, wenn die Zugabe anhand objektiver Tatbestandsmerkmale definiert wird. Eine wettbewerbsrechtliche Würdigung der verschiedenen Zugabearten darf erst in zweiter Stufe erfolgen. Wenn im Detailhandel jedem Stück Seife ein Gutschein beigelegt wird und der Käufer eine bestimmte Anzahl dieser Gutscheine gegen ein zusätzliches Stück Seife eintauschen kann, dann spielt es für die Tatsache, dass eine Nebenleistung gewährt wird, keine Rolle, ob für die Gutscheine Seife, Lebensmittel, Bestecke oder Fahrkarten geliefert werden.

¹¹ Heinig 7 ff., Opitz 43 ff., Junckerstorff 13 ff., Gutersohn/Lisowsky 2 ff.

¹² ZGB 713.

¹³ Hinten 60 ff.

¹⁴ Opitz 45.

Die Beurteilung der verschiedenen Rabattarten wird die Gelegenheit bieten, eingehender auf diese Verhältnisse einzutreten¹⁵.

Neben den beweglichen, körperlichen Sachen kommen als Zugaben *Leistungen* in Frage¹⁶. Unter einer Leistung ist jede Tätigkeit zu verstehen, die dem Empfänger irgendwie wirtschaftlich oder ideell von Nutzen ist.

Als typische Beispiele von Leistungen, die als Zugaben verwendet werden, sind zu nennen:

Garantieverträge, die nicht zugleich Bestandteile des Kaufvertrages sind,
Gutscheine für kostenlose Reparaturen und Kontrollarbeiten,
Rechtsauskünfte und Rechtsbeistand,
die Einräumung einer Gewinnchance,
kostenloser Transport zum Geschäftslokal im Auto der Firma.

B) Grenzfälle und ihre Abgrenzung

1. Rabatt

Es sind verschiedene Arten von Rabattgewährungen auseinanderzuhalten¹⁷:

Usanzbedingte Rabatte,
Konkurrenzzrabatte ohne Mengenbedingung (z. B. Treueprämie oder Treuerabatt),
Quantitätsrabatte (Mengenrabatt, Umsatzbonus),
Qualitätsrabatte (freiwillige oder erzwungene Preisminderung bei Ausverkäufen oder Mängelrügen),
Wiederverkäuferrabatte (Rabatte zwischen verschiedenen Handelsstufen).

Im Zusammenhang mit dem Rabatt wird oft auch der *Skonto* erwähnt. Doch ist der Skonto seinem Wesen nach vom Rabatt zu trennen. Der bei Barzahlungen üblicherweise gewährte Kassaskonto ist eine Preiskorrektur¹⁸ — eine Vergütung für die Nichtausnützung der im Kreditpreis einkalkulierten Kreditfrist.

Der *Wiederverkäuferrabatt* nimmt eine Sonderstellung ein. Er wird vom Grossisten (z. B. Verleger) dem Detaillisten (z. B. Buchhändler) ge-

¹⁵ Hinten 62 ff.

¹⁶ Heinig 8, Opitz 43.

¹⁷ Vgl. Gsell/Bossard: Kostenberechnung und Preiskalkulation (Zürich 1946) 63.

¹⁸ Gsell/Bossard a. a. O. 57.

währt. Der Verleger verkauft die Bücher zum selben Preis wie der Buchhändler. Um dem Buchhändler einen Verkaufserlös zu verschaffen, gewährt ihm der Verleger einen Rabatt. Die Verdienstmarge des Buchhändlers besteht einzig in diesem Rabatt. Hier liegt keine Zugabe vor, sondern eine besondere Preisberechnung für bestimmte Handelskreise auf Grund ihrer gewerblichen Tätigkeit. Wir wissen von der Zugabe, dass sie eine vom Abschluss eines Hauptgeschäftes abhängige Nebenleistung ist. Es liegt hier keine Nebenleistung vor, sondern eine besondere Gestaltung des Hauptkaufvertrages.

Auch bei *Qualitätsrabatten* kann nicht von Zugaben gesprochen werden. Mit dem Qualitätsrabatt will die Qualitätsveränderung der Ware berücksichtigt werden — sei es, dass die Ware durch längere Lagerung gelitten hat oder nicht mehr modern ist, sei es, dass die Ware nicht dem offerierten Standard entsprach. Weder in den bei Ausverkäufen vorgenommenen freiwilligen Preissenkungen noch in der erzwungenen Preisminde- rung durch die Mängelrüge ist eine Nebenleistung zu erkennen.

Würde der Kaufmann die freiwillige Preissenkung jedoch so durchführen, dass er statt direkter Preisabschläge die Ware durch zusätzliche Waren oder Leistungen verbilligen wollte, dann wäre natürlich mit dem Auftreten einer Nebenleistung ein Zugabetatbestand gegeben.

Bei *Quantitätsrabatten* sind die Verhältnisse schon schwieriger zu beurteilen. Der Durchschnittskonsument wird selten in den Genuss eines typischen Quantitätsrabattes gelangen. Es handelt sich hier um Rabatte, die hauptsächlich in der Handelsstufe Grossist-Detaillist eine Rolle spielen. Es ist zu unterscheiden zwischen Mengenrabatt und Umsatzbonus. Ein Mengenrabatt wird gewährt, indem die Ware von einer bestimmten Menge an billiger offeriert wird, oder indem bei gleichbleibendem Stückpreis von einem bestimmten Quantum an ein Teil der Kaufsumme dem Käufer zurückerstattet bzw. gutgeschrieben wird. Der Mengenrabatt richtet sich nach der einzelnen Lieferung und rechtfertigt sich kaufmännisch dadurch, dass die einzelnen Waren bei Grossbezügen rationeller hergestellt und damit billiger kalkuliert werden können. Im übrigen ist mit dieser Rabattart schon typisch die Absicht verbunden, eine Umsatzsteigerung zu erreichen. Wir erkennen schon daraus, dass das Ziel des Mengenrabattes demjenigen eines Werbemittels im allgemeinen und der Zugabe im besonderen — vorsichtig gesagt — sehr ähnlich ist.

Die herrschende Lehre¹⁹ betrachtet die Rabatte ganz allgemein als eine besondere Art der Preisstellung oder Preisgestaltung und will sie damit deutlich von den Zugaben getrennt wissen. Hingegen ist auch der Zugabengewährung die «besondere Art der Preisgestaltung» nicht abzusprechen. Es wird niemand mehr behaupten wollen, die Zugabe sei heute noch ein Geschenk. Sie ist ein Werbemittel. Ihre Kosten erscheinen im Reklamekonto und müssen bei der Preisbildung berücksichtigt werden — analog den Rabattzuschlägen, die in der (Vor-)Kalkulation als Mittel der voraussichtlich gewährten Rabatte erscheinen²⁰. Ob der Kaufmann nun den angesetzten Warenpreis durch Zugaben oder Rabatte umgestalte, der Effekt — die Unterbietung des angesetzten Preises — bleibt sich gleich.

Das typische Merkmal der Zugabe ist ihre akzessorische Natur. Dieses Merkmal sollte vermehrt bei der Beurteilung der Rabatte herangezogen werden. Wo die Rabattgewährung als Nebenleistung erscheint, ist sie als Zugabe anzusprechen. Die blossе Tatsache, dass die Nebenleistung die Form einer Geldzahlung hat, genügt nicht, um den Tatbestand grundsätzlich anders zu betrachten. Eine Beurteilung der Rabatte hinsichtlich ihrer Zugabenatur ist nur möglich, wenn die einzelnen Rabattarten auseinandergehalten werden.

Bei der Gewährung der Wiederverkäufer- und Qualitätsrabatte tritt, wie wir gesehen haben, in der Regel keine Nebenleistung auf. Quantitätsrabatte können hingegen eher die Form einer Nebenleistung annehmen. Wird der Mengenrabatt in der Weise gewährt, dass die Ware von einer bestimmten Menge an billiger offeriert wird, so liegt keine Nebenleistung vor, sondern eine besondere Gestaltung des eigentlichen Kaufvertrages. Die Verbilligung erfolgt in der Form eines direkten Preisabschlages. Wird aber bei gleichbleibendem Stückpreis von einem bestimmten Quantum an ein Teil der Kaufsumme zurückerstattet, so kann man sich fragen, ob diese Rückerstattung nicht vom eigentlichen spezifischen Hauptgeschäft zu trennen und als Nebenleistung zu betrachten sei. Die Rabattgewährung wickelt sich nun neben dem eigentlichen Hauptgeschäft ab, nicht mehr in diesem selbst. Deutlicher werden die Verhältnisse beim Umsatzbonus, der als mengenbedingte Treueprämie dem Bezüger in regelmässigen Abständen (z. B. nach Jahresabschluss) zufällt. Seine Gewährung ist offen-

¹⁹ UWG 20,2, Guttersohn/Lisowsky 4 ff., Junckerstorff 52 ff., RGZ 78,197.

²⁰ Gsell/Bossard a. a. O. 63.

sichtlich eine vom getätigten Hauptgeschäft — bzw. von einer Mehrzahl von Hauptgeschäften — abhängige Nebenleistung.

Wird der Mengenrabatt in Waren geleistet (*Warenrabatt*), so ist die zusätzliche Leistung ebenfalls deutlich erkennbar. Die Entscheidung, ob ein Zugabetatbestand vorliege oder nicht, ist unabhängig von der Frage, ob eine branchenfremde oder brancheneigene (artgleiche) Leistung vorliege. Sobald der Tatbestand eine Hauptleistung und eine Zusatzleistung aufweist, liegt eine Zugabengewährung vor. Analog sind die Verhältnisse bei *Konkurrenzzubatten ohne Mengenbedingung* zu beurteilen. Die Erteilung eines Treuerabattes oder einer Treueprämie ohne Mengenbedingung hängt nicht vom Umsatz, sondern einfach von der Tatsache ab, dass Geschäftsabschlüsse getätigt worden sind. Es handelt sich um typische Zugabeformen, die auch im Detailhandel gebräuchlich sind.

Die im Detailhandel beliebteste Rabattart bilden die *usanzbedingten Rabatte*. Darunter sind die Rückvergütungen zu verstehen, wie sie in Lebensmittelgeschäften, Apotheken, Drogerien und dgl. üblich sind. Diese Rabatte werden seit einiger Zeit so offeriert, dass dem Kunden die Wahl freisteht, den Rabattbetrag direkt von der Kaufsumme abzuziehen oder in Form von Sparmarken, Gutscheinen, Coupons usw. entgegenzunehmen. Die Offerte enthält folglich zwei Preise²¹: einen, der den Rabattzuschlag enthält und einen Nettopreis, den jeder Käufer errechnen kann. Wählt der Kunde den Nettopreis, dann liegt kein Zugabetatbestand vor, da keine Nebenleistung auftritt. Zahlt der Kunde hingegen den «Rabattpreis» und wickelt sich das Geschäft auf Grund dieses Preises ab, so ergibt sich eine Nebenleistung, da die Rückerstattung des Rabattbetrages sich nicht innerhalb des eigentlichen Hauptgeschäftes abwickelt, sondern neben diesem. Die Praxis verdeutlicht diese Verhältnisse noch, indem die Rabattmarken in der Regel erst von einer bestimmten Summe an eingelöst werden können. Eine Kombination mit anderen Zugaben in Form von Treueprämien für gefüllte Rabattmarkenhefte ist in der Praxis häufig zu beobachten.

Verschiedentlich wird darauf hingewiesen, dass Geld nur dann Zugabe sein könne, wenn einzelne Geldstücke der Ware beigelegt werden (z. B. jeder Packung ein bestimmter Geldbetrag oder jeder tausendsten Packung

²¹ Affiche: «Die Preise verstehen sich incl. 8 0/0 Rabatt. Es steht dem Käufer frei, die Rückvergütung direkt vom Kaufbetrag abzuziehen.»
Preisanschrift: «Fr. 1.25 mit 8 0/0 Rabatt = Fr. 1.15 netto.»

ein Goldstück²². Regelmässige Geldbeilagen, mit denen das Kleingeld bis zum nächsthöheren runden Betrag direkt der Ware beigegeben wird, ermöglichen eine rationelle Verkaufsabwicklung (Einheitspreissystem, Warenautomaten). Eine Nebenleistung liegt hier natürlich nicht vor. Wird hingegen jeder tausendsten Packung ein Goldstück beigelegt, so ist eine (vom Zufall abhängige) Zugabengewährung gegeben, da die Zuwendung des Geldes sich nicht innerhalb des Hauptgeschäftes abwickelt, sondern eine Nebenleistung darstellt.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Auffassung, Rabatte seien grundsätzlich keine Zugaben²³, nicht beigespflichtet werden kann. Die Verhältnisse sind genauer zu prüfen, um entscheiden zu können, ob eine Nebenleistung vorliege oder nicht.

Dem Praktiker mögen diese Untersuchungen oft überspitzt erscheinen. Es geht uns aber hier um eine möglichst genaue Abgrenzung des Zugabebegriffes. Die wettbewerbsrechtliche Würdigung der verschiedenen Zugabetatbestände ist ein Problem für sich und steht hier nicht zur Diskussion²⁴. Es haben sich bisher dadurch nur Schwierigkeiten ergeben, dass die Begriffsbestimmung der Zugabe mit wettbewerbsrechtlichen Erwägungen verbunden wurde. Als Beispiel mögen die Rabatte gelten. Diese wurden bisher mit wettbewerbsrechtlichen Argumenten von der Zugabe getrennt, indem geltend gemacht wurde, dass der Rabatt auf anderen Voraussetzungen beruhe und andere Ziele als die Zugabe habe²⁵. Der Rabatt kennzeichne sich dadurch, dass er dem Käufer zu einer Verbilligung der von ihm zu erwerbenden Waren verhelfen solle.

Die vorliegenden Ausführungen haben bisher bewusst keine wettbewerbsrechtlichen Erwägungen enthalten, um den Tatbestand als solchen würdigen zu können. Trotzdem soll schon an dieser Stelle kurz auf einige Argumente eingetreten werden.

Die Rabattgewährung ist in der Regel eine Geldleistung und kann deshalb jederzeit leicht errechnet werden. Ausserdem kann über das Geld beliebig disponiert werden. Dies ist der hauptsächlichste Grund, weshalb verschiedene Autoren den Rabatt von der Zugabe trennen²⁶. Dieses Ar-

²² Opitz 45.

²³ UWG 20,2.

²⁴ Darüber hinten 78 ff.

²⁵ Vgl. Gutersohn/Lisowsky 4.

²⁶ Damit richtet sich die Begriffsbestimmung der Zugabe nicht mehr nur nach der Frage, ob eine vom Hauptgeschäft abhängige Nebenleistung vorliege, sondern enthält schon das Element der Täuschungseignung.

gument hat heute einiges an Gewicht verloren, da verschiedene Zugabensysteme auf einer Punktwertung basieren, die sich ebenfalls wertmässig erfassen lässt (z. B. Reisepunkte). Werden als Zugaben Artikel des täglichen Bedarfs geliefert, so ist zu bedenken, dass der Kunde diese Artikel nun nicht mehr kaufen muss und über das eingesparte Geld natürlich frei verfügen kann (Reisepunkte lassen sich in Fahrkarten umtauschen). Rabatte sind nur dann zum voraus errechenbar, wenn sie im Angebot genau umschrieben werden, was bei Treueprämien, bei Rabatten ohne Mengenbedingung und beim willkürlich gewährten Warenrabatt nicht immer der Fall sein dürfte. Ausserdem provozieren verschiedene Rabattarten eine Bindung an einzelne Unternehmen (Sparmarken im Detailhandel, Umsatzboni im Grosshandel), wie sie nicht alle Zugabensysteme erreichen. Wenn als Ziel der Rabattgewährung eine Verbilligung der Ware erkannt wird, so wird dieses Ziel einseitig von der Käuferseite aus betrachtet. Vom Standpunkt des Verkäufers aus gesehen bezwecken die Rabatte eine Umsatzsteigerung²⁷. Ihr Ziel ist dasselbe wie dasjenige jeder Zugabengewährung.

2. Zugehör

Unter Zugehör sind bewegliche Sachen zu verstehen, welche dauernd für die wirtschaftliche Benützung (Bewirtschaftung, Benutzung, Verwahrung) einer anderen beweglichen oder unbeweglichen Sache (Hauptsache) bestimmt sind²⁸. Der Begriff der Zugehör erfordert eine äussere Beziehung zur Hauptsache (Sachbeziehung) und eine dauernde Bestimmung für den Dienst der Hauptsache (Zweckbestimmung), welche sich aus der Verkehrsauffassung oder aus dem klaren Willen des Eigentümers ergeben muss²⁹.

Die äussere Beziehung zur Hauptsache verlangt weder körperliche Verbindung mit der Hauptsache noch einen bestimmten Standort; sie ist gegeben, wenn sich die Zugehör «in einer Lage befindet, in der die Be-

²⁷ Ausnahmen: Qualitätsrabatte auf Grund einer Mängelrüge, Wiederverkäufer-rabatte.

²⁸ ZGB 644.

Wieland: Das Sachenrecht des schweiz. ZGB (Komm. zum schweiz. ZGB — Egger IV) (Zürich 1909) 22 ff.

Leemann: Sachenrecht I (Komm. zum schweiz. ZGB — Gmür IV) (Bern 1920) Art. 644/45 Anm. 1 ff.

²⁹ Wieland a. a. O. 23, Leemann a. a. O. Art. 644/45 Anm. 10 ff.

nützung für die Hauptsache tatsächlich durchgeführt ist»³⁰. Die Bestimmung für die wirtschaftliche Benützung der Hauptsache muss eine dauernde sein. Nicht Zugehör sind solche bewegliche Sachen, die nur vorübergehend mit der Hauptsache verbunden sind, «dem Besitzer der Hauptsache nur zum vorübergehenden Gebrauche oder zum Verbrauche dienen», «zu der Eigenart der Hauptsache in keiner Beziehung stehen, sowie solche, die nur zur Aufbewahrung oder zum Verkauf oder zur Vermietung mit der Hauptsache in Verbindung gebracht sind»³¹. Daraus ergibt sich, dass die Hauptsache selbst einem bestimmten dauernden Zweck dienen muss, und die Erfüllung dieses Zwecks nur mit Hilfe der Zugehör möglich sein muss³². Zugehör und Hauptsache müssen wirtschaftlich ein Ganzes bilden. Rechtlich teilt die Zugehör das Schicksal der Hauptsache.

Die angeführten Merkmale vermitteln noch keine sicheren Kriterien, um zu entscheiden, ob eine Sache Zugehör sei oder nicht. Ob die Sache als Zugehör anzusehen sei oder nicht, muss sich in letzter Linie aus der ortsüblichen Auffassung oder dem klaren Willen des Eigentümers ergeben³³.

In unserem Zusammenhang sind diese Ueberlegungen insofern von Bedeutung, als sich die Frage stellt, ob eine Lieferung von Zugehör Zugabentatbestände schaffen könne.

Da Hauptsache und Zugehör wirtschaftlich ein Ganzes bilden, und die Hauptsache nur mit Hilfe der Zugehör ihren Zweck erfüllen kann, muss angenommen werden, dass Hauptsache und Zugehör als wirtschaftlich Ganzes in der Form von echten Koppelungskäufen (Schloss-Schlüssel, Brille-Futteral, Maschine-Treibriemen usw.) gehandelt werden. Gilt die Zugehöreigenschaft einer Sache als anerkannt, so stellt ihr Verkauf mit der Hauptware keine Zusatzleistung dar, sondern Hauptware und Zugehör werden als wirtschaftlich Ganzes verkauft. Die Verfügung über die Hauptware erfasst im Zweifel auch die Zugehör³⁴. Die Frage, ob ein Zugabentatbestand vorliege oder nicht, kann deshalb erst beantwortet werden, nachdem entschieden wurde, ob einer mit der Hauptware gehandelten Sache Zugehöreigenschaft zukomme oder nicht.

Diese Ueberlegungen sind für verschiedene Branchen von einiger Bedeutung. Die Zugehöreigenschaft richtet sich nach der am Ort üblichen

³⁰ Wieland a. a. O. 23.

³¹ ZGB 645.

³² Wieland a. a. O. 24.

³³ ZGB 644,2. Leemann a. a. O. Art. 644/45 Anm. 21 ff.

³⁴ *accessorium sequitur principale*.

Auffassung. Bei häufig gehandelten Artikeln (Verbrauchswaren, Lebensmitteln usw.) wird die «ortsübliche Auffassung» mit der «Handelsüblichkeit» identisch sein. Jedoch kann bei der Trennung der Begriffe «Zugehör» und «Zugabe» nicht nur auf die tatsächliche Übung abgestellt werden, denn es ist denkbar, dass auch Missbräuche durch Gewöhnung handelsüblich werden. Ausserdem können technische Fortschritte der Zugehör neue Möglichkeiten erschliessen, denen die Voraussetzung der Handelsüblichkeit nicht entgegenstehen soll. Als handelsüblich kann gelten, was sich nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Kreise «im Rahmen vernünftiger kaufmännischer Gepflogenheiten hält»³⁵.

Die Verpackung³⁶ einer Ware kann beispielsweise nicht als Zugehör bezeichnet werden, wenn sie dem Besitzer der Hauptware nur zum vorübergehenden Gebrauch (Transport) oder nur zur Aufbewahrung der Ware dient oder zu der Eigenart der Hauptsache in keiner Beziehung steht (Senf im Kristallglas, Pralinen - Kaffeetasse, Bouillonwürfel - Eierbecher). Besonders deutlich werden diese Verhältnisse, wenn in der Werbung auf die mannigfaltigen Verwendungsmöglichkeiten der Verpackung hingewiesen wird. Eine Verpackung oder Umhüllung kann nur dann als Zugehör gelten, wenn sie wirtschaftlich mit der Hauptware ein Ganzes bildet und dauernd für die wirtschaftliche Benützung der Hauptware bestimmt ist. In allen anderen Fällen ist die Verpackung als Zugabe zu bezeichnen, es sei denn, dass hochwertiges Verpackungsmaterial mit der Ware zum Kombinationsangebot (Geschenkpäckung) verbunden würde. Solche Warenkombinationen wären jedoch auch nach den für eine Zugabenverschleierung geltenden Grundsätzen zu prüfen³⁷.

3. Kundendienst

Unter Kundendienst ist eine besondere Art der kaufmännischen Werbetätigkeit zu verstehen — eine Fülle von Leistungen, die das Ansehen des Unternehmens (seinen «good will») in den Käuferkreisen fördern und festigen will. Solche Kundendienst-Leistungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie dem Empfänger nicht, nicht direkt oder nur zum Teil verrechnet werden. Aus der mannigfaltigen Auswahl solcher Leistungen sind als typisch folgende zu nennen:

³⁵ Gutachten der Reichswirtschaftskammer zu Fragen des Zugabeverbots vom 14. 11. 1935 (abgedruckt bei Heinig 42 ff.).

³⁶ Nach deutschem Recht ist die Verpackung grundsätzlich «Zubehör». Heinig 15, 42 ff. Opitz 118 ff. Junckerstorff 54 ff.

³⁷ Vorn 57/58.

Lieferung der Ware ins Haus,
Installation,
Erteilung von Auskünften und Ratschlägen,
Garantieversprechen,
Reparaturen und Revisionen,
Vermittlung von Versicherungsschutz,
Lieferung einer Ware auf Probe,
Gewährung von Kreditfristen.

Sind diese Leistungen Zugaben?

Vorerst ist zu untersuchen, ob der Kundendienst nur Käufern oder auch Nichtkäufern gewährt wird. Dabei ist gemäss den bekannten Richtlinien³⁸ zu verfahren und anhand des konkreten Falles zu untersuchen, ob Nichtkäufer von dem Angebot überhaupt Gebrauch machen.

Bei der Beurteilung von Leistungen, die nur dem Käufer zukommen, ist zu bedenken, dass ein Kaufvertrag ausser den Verpflichtungen zur Uebergabe der Sache und zur Gewährleistung des veräusserten Rechtes einerseits und der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises und Annahme der Kaufsache anderseits eine Reihe anderer Verpflichtungen umschliesst³⁹. Es ist deshalb bei der Prüfung, ob eine Leistung Zugabe sei oder nicht, darauf zu achten, ob es sich tatsächlich um eine Nebenleistung handle. Vielfach wird die Leistung als Teil des eigentlichen Geschäftes anzusehen sein.

Die Bestimmung des Erfüllungsortes ist den Parteien freigestellt⁴⁰. Ausserdem kann beim Distanzkauf der Käufer durch Vereinbarung oder Uebung von den Transportkosten bis zum Ablieferungsort befreit werden (Frankolieferung)⁴¹. Eine Lieferung ins Haus kann deshalb ein Teil des eigentlichen Kaufvertrages sein, indem sie vereinbart wurde («franko Haus») oder üblich ist.

Ein Garantieversprechen ist keine Zugabe, wenn es als vertragliche Verlängerung oder Verschärfung der gesetzlichen Gewährleistungsansprüche⁴² anzusehen ist. Es steht den Parteien weitgehend frei, Art, Umfang und Dauer der Gewährleistung vertraglich zu regeln. Sie ändern damit das Vertragsverhältnis als solches ab. Die Gewährleistungsverpflichtung ist nach wie vor ein Teil des Hauptgeschäftes⁴³.

³⁸ Vorn 53 ff.

³⁹ OR 184 ff.

⁴⁰ OR 74,1.

⁴¹ OR 189.

⁴² OR 197 ff.

⁴³ Vgl. Opitz 123/24.

In analogem Sinne sind die übrigen Leistungen zu beurteilen. Es kann sich nicht um eine Zugabe handeln, wenn ein an und für sich unselbständiger Teil des Hauptgeschäftes in besonderer Art gestaltet wird. Eine Zugabe liegt nur dann vor, wenn neben das eigentliche Hauptgeschäft zusätzlich eine Nebenleistung tritt.

Als Hauptleistung kann diejenige Leistung bezeichnet werden, deren Art aus der speziellen Vertragsart hervorgeht und deren Umfang im selben Vertrag bestimmt wird. Als Nebenleistung erscheint folglich jede Leistung, die über die hauptvertraglichen Verpflichtungen hinaus angeboten oder gewährt wird. Wo der Tatbestand mehrere Leistungen aufweist (Stofflieferung und Zuschneiden, Lieferung eines Radios und Installation), die gegen einheitliches Entgelt erbracht werden sollen, so liegt keine Zugabe vor, wenn die Leistungen vertraglich festgelegt und deshalb als Hauptleistungen anzusehen sind, auch wenn sie inhaltlich verschiedenen Vertragsarten angehören (gemischte Verträge). Eine Leistung erscheint erst dann als Nebenleistung, wenn ihre Erbringung von der Erfüllung des Hauptvertrages abhängig gemacht wird, und sie diesem unterworfen ist.

So handelt es sich zum Beispiel beim Aufhängen von Vorhängen, beim Zuschneiden des Stoffes, bei der Installation des Radios um Zugaben, wenn der Hauptvertrag die Form eines einfachen Kaufvertrages hat.

Es ist naheliegend, dass die gemischten Verträge sich wie die Kombinationsverkäufe vorzüglich zur Zugabenverschleierung eignen. Die Richtlinien, die aufgestellt wurden, um echte Kombinationsverkäufe von Zugabenverschleierungen zu unterscheiden⁴⁴, können analog verwendet werden, um echte, wirtschaftlich berechnete gemischte Verträge von Zugabenverschleierungen zu trennen. Als wichtigstes Indiz für eine Zugabenverschleierung ist die wirkliche oder vermeindliche Verbilligung einer «Lock-Leistung» zu betrachten.

III. Beteiligte Personen

Normalerweise spielt sich das Zugabegeschäft zwischen denselben Personen ab wie das Hauptgeschäft.

Es ist jedoch denkbar, dass die Zugabe von einem Dritten geliefert wird, sei es, dass die eine Partei (Verkäufer) ermächtigt ist, die Leistung

⁴⁴ Vorn 57/58.

eines Dritten anzubieten, sei es, dass der Dritte selbständig eine vom Hauptgeschäft zwischen den Parteien abhängige Nebenleistung anbietet oder gewährt.

Die Zugabengewährung durch einen Dritten kann verschiedene Gründe haben. Der Dritte kann als Gläubiger am Geschäftsgang des Verkäufers interessiert sein und durch die Zugabengewährung versuchen, diesem zu einer Umsatzsteigerung zu verhelfen. Er kann sich aber auch als Unternehmer unmittelbaren Nutzen aus dem Erfolg des Verkäufers versprechen. Das Elektrizitätswerk ist interessiert am Verkauf elektrischer Apparate; die Transportunternehmung will den Besuch einer Ausstellung, eines Ausflugsortes usw. fördern, um selbst ins Geschäft zu kommen⁴⁵.

Es spielt für die Erfüllung des Zugabentatbestandes keine Rolle, ob die Zugabe von einem Dritten gewährt wird oder vom Verkäufer selbst⁴⁶. Eine Zugabe ist gegeben, wenn im geschäftlichen Verkehr neben ein Hauptgeschäft eine Nebenleistung tritt; wer die Nebenleistung tatsächlich gewährt, ist gleichgültig.

Wie es für die Erfüllung des Tatbestandes unerheblich ist, ob die Zugabe von einer vertragschliessenden Partei gewährt wird oder von einem Dritten, ist auch keine Personengleichheit zwischen Zugabempfänger und Vertragspartei erforderlich⁴⁷. Die Tatsache, dass ein Dritter die Zugabe empfängt, ist für die Beurteilung des Tatbestandes unwesentlich.

IV. Zusammenfassung und Definition

Den vorangehenden Ausführungen ist zu entnehmen, dass der Begriff der Zugabe auf folgenden Merkmalen beruht:

1. Die Zugabe kann inhaltlich in einer Ware oder in einer Leistung bestehen.
2. Die Zugabe wird neben einer Hauptleistung gewährt. Das Zugabegeschäft ist abhängig vom Abschluss eines Hauptgeschäftes.
3. Die Zugabe ist eine Erscheinung des wirtschaftlichen Wettbewerbes, des geschäftlichen Verkehrs.

⁴⁵ «Einfache Billette gelten für die Retourfahrt, wenn sie in der Ausstellung abgestempelt worden sind.»

⁴⁶ Vgl. Opitz 53 ff.

⁴⁷ Beispiel: Die Zugabe wird dem Kind des Käufers ausgehändigt.

4. Am häufigsten treten die Zugaben bei Kaufverträgen in Erscheinung. Sie können aber auch im Zusammenhang mit anderen Rechtsgeschäften (Werkvertrag, Auftrag, Kommissionsgeschäft usw.) auftreten. Da die Zugabe eine Erscheinung des wirtschaftlichen Wettbewerbes, des Erwerbslebens ist, kommen als Hauptgeschäfte alle Arten entgeltlicher Rechtsgeschäfte in Frage.

Dieses Resultat kann zu folgender *Definition der Zugabe* zusammengefasst werden:

Zugabe ist jede Ware oder Leistung, die im geschäftlichen Verkehr neben einem entgeltlichen Rechtsgeschäft angeboten oder gewährt wird.

§ 8. Die Zugabe in wirtschaftlicher Betrachtung

I. Betriebswirtschaftliche Beurteilung

Für die betriebswirtschaftliche Betrachtung¹ der Zugabengewährung sind *Zweck* und *Ziel* der Zugabe massgebend, sowie das Verhältnis von Aufwand und Erfolg im Hinblick auf das gewünschte Ziel.

Wir haben die Zugabe als eine besondere Art der Reklame betrachtet und damit das Ziel schon weitgehend erkannt. Die Zugabengewährung will — wie jede Werbetätigkeit — den Kaufanreiz verstärken. Schlagwortartig kann ihr Ziel umschrieben werden mit: «Anlockung — Umsatzgewinnung — Umsatzsteigerung — Umsatzsicherung»².

Die besondere Art der Reklame durch Zugaben wird charakterisiert durch verschiedene typische Erfahrungstatsachen. Betrachtet man den relativ kleinen Anteil der Zugabekosten am gesamten Werbeaufwand³, so kann im Hinblick auf die mannigfaltigen Möglichkeiten, die eine Zugabenwerbung erschliesst, festgestellt werden, dass die Zugabe erlaubt, mit relativ bescheidenem Aufwand merkliche Werbeerfolge zu erzielen. Besonders in bezug auf die Umsatzsicherung werden mit Gutschein- und Rabattsystemen Erfolge erzielt, welche die Anschauungsreklame nur mit unvergleichlich höherem Aufwand einbringen würde. Bei steigender Intensität der Werbeanstrengung tritt allerdings der Erfolg der Zugaben gegenüber anderen Werbemethoden eher zurück. Plakat, Inserat, Lichtreklame usw. können suggestive Effekte erzielen, welche die Zugabe nicht erreicht. Dies trifft besonders dann zu, wenn der Markt für einen neuen Artikel gewonnen werden soll, oder in bezug auf Qualität oder Preisgestaltung Neuheiten reklametechnisch ausgewertet werden können. Daraus ergibt sich, dass die Zugabe eine sonstige Reklametätigkeit nicht überflüssig macht. Sie setzt sich aber namentlich dort immer wieder durch, wo für die Werbung durch Preisgestaltung wenig Spielraum besteht⁴ — z. B. beim Vertrieb preisgebundener Markenartikel —, oder wo die Mittel für eine kostspielige Plakat- und Insertionsreklame fehlen — bei kleineren Betrieben.

¹ Vgl. zum Folgenden: Gutersohn/Lisowsky 20 ff.

² Gutersohn/Lisowsky 21.

³ Vorn 51.

⁴ Gutersohn/Lisowsky 22.

Gegenüber anderen Werbemethoden hat die Zugabe betriebswirtschaftlich den Vorteil, dass ihr Aufwand erst bei oder nach Abwicklung der Verkäufe in Erscheinung tritt und keine dem Geschäftsgang vorausgehenden Kosten erfordert. Dazu kommt, dass die Zugabekosten dem Umfang der Verkäufe proportional sind, während die übrigen Werbeaufwendungen fixen Charakter haben, unabhängig vom tatsächlichen Verkaufserfolg.

Aus diesen Ueberlegungen ergibt sich, dass keine ernsthaften Argumente betriebswirtschaftlicher Natur gegen die Zugabe erhoben werden können. Die Gewährung von Zugaben muss nicht eine Preiserhöhung oder Qualitätssenkung zur Folge haben, wie vielfach behauptet wird⁵. Ihre Kosten sind im Vergleich zum Aufwand der Anschauungsreklame in der Regel eher bescheiden⁶.

II. Volkswirtschaftliche Beurteilung

Für eine volkswirtschaftliche Beurteilung⁷ des Zugabewesens ist die Frage nach den Auswirkungen in bezug auf die Erhaltung und Mehrung des Volkswohlstandes entscheidend. An die vorangehenden ausführlichen Darlegungen⁸ anknüpfend, kann festgehalten werden, dass damit die Frage nach den Einwirkungen auf den wirtschaftlichen Ausgleich von Angebot und Nachfrage — bzw. auf die möglichst vollständige Befriedigung der einzelnen individuellen Bedürfnisse — in den Vordergrund tritt. Wir haben schon weiter vorn⁹ erkannt, dass in der grundsätzlich freien Wirtschaftsordnung die Nachfrage den Markt regulieren muss. Normalerweise wird sich diese nach den momentanen Bedürfnissen richten, die ihrerseits von verschiedenen Einflüssen abhängig sind — Konjunktur, wirtschaftliche Entwicklung, Modeströmungen usw. Das Mittel, das dem Kaufmann zur Verfügung steht, um die Nachfrage einigermaßen in die von ihm gewünschte Bahnen zu lenken, ist die Reklame. Die Werbung im Sinne einer Bedürfnisweckung ist mit Rücksicht auf ihre Aufklärungs- und Orientierungsfunktion unerlässlich für eine freie Markt-

⁵ Faucherre: Die Händlerrabattsparevereine (Jena 1912) 14.

Mataja: Die Reklame (München-Leipzig 1916) 153.

Pelka, Georg: Gegen das Zugabewesen — für ein gesetzliches Verbot (Berlin 1929) 24.

⁶ Dazu Zahlenbeispiele bei: Lukesch, Walter: Das Zugabe- und Rabattwesen auf Grund der österreichischen Gesetzgebung (Wien 1950) 21.

⁷ Vgl. zum Folgenden: Gutersohn/Lisowsky 30 ff.

⁸ Vorn 27/28.

⁹ Vorn 27/28.

wirtschaft und fördert das Leistungsprinzip. Andererseits kann durch moderne, zielbewusste Reklame die Nachfrage entscheidend beeinflusst und das Leistungsprinzip gestört werden. Die differenzierte Wirtschaftsstruktur und das stetig wachsende Angebot bringen es mit sich, dass der Konsument sein ursprüngliches Urteilsvermögen immer mehr verliert. Je mehr sich aber der Markt verdunkelt und unübersichtlich wird, desto eindringlicher muss an die Werbung die Forderung gestellt werden, aufhellend zu wirken und die tatsächlichen Verhältnisse herauszustellen, m. a. W. volkswirtschaftlich zweckmässige Bedürfnisse zu wecken¹⁰.

Da jedoch die freiheitliche Wirtschaftsordnung die grundsätzliche Anerkennung der freien Konsumwahl in sich schliesst, können nur «offenkundige Missbräuche der Werbung im Sinne der Weckung ausgesprochen schädlicher Bedürfnisse zum Gegenstand korrigierender Massnahmen gemacht werden»¹¹.

Die Frage, ob die Folgen der Zugabenwerbung verglichen mit den Wirkungen anderer Reklamemittel volkswirtschaftlich besonders schädlich sind, kann nicht eindeutig beantwortet werden. Wenn wir das Problem unter dem Gesichtspunkt der Markterhellung beleuchten, müssen wir sofort feststellen, dass sich auch jedes andere Werbemittel eignet, Kaufanreize zu schaffen, die dem Leistungsgrundsatz zuwider sind. Wohl gibt es Reklamemittel, die von Natur aus dem Sachlichkeitsgrundsatz näher stehen — persönliches Gespräch, Brief, Prospekt usw. —, doch kann keine klassifizierende Unterscheidung getroffen werden, da bei entsprechender Anwendung jede Werbeart marktverdunkelnd wirken kann.

Die Eigenart der Zugabenreklame besteht nun darin, nicht nur mit der Hauptleistung zu werben, sondern durch Hinweis auf die Nebenleistung den Kaufanreiz zu verstärken. Wenn durch Zugaben der Umsatz tatsächlich gesteigert werden kann, so bedeutet das also, dass diese Umsatzsteigerung nicht in erster Linie der Hauptleistung zu verdanken ist, sondern dem Umstand, dass eine Nebenleistung dazu geboten wird. Folglich ist das typische Merkmal dieser Werbeart eine Ablenkung der Aufmerksamkeit des Kunden von der Hauptleistung auf die Nebenleistung. Dass dadurch die Oberflächlichkeit gewisser Abnehmerkreise ausgenützt werden kann, ist naheliegend.

Ist die Zugabe deshalb volkswirtschaftlich schädlich?

¹⁰ Hinten 79 ff.

¹¹ Gutersohn/Lisowsky 35.

Sie wäre es, wenn sie bewirken würde, dass eindeutig schlechtere Leistungen auf Kosten eindeutig besserer Leistungen bevorzugt würden¹². Dass dies jedoch nicht der Fall sein kann, beweisen die verschiedenen Unternehmungen und Erzeugnisse, die sich auch ohne Zugaben durchsetzen. Wohl kann bei einem Angebot von zwei annähernd gleichartigen Leistungen die Zugabe — wie jedes andere wirksame Werbemittel — den Ausschlag geben und hauptsächlich zu Erstkäufen verleiten. Auf die Dauer wird aber auch sie einem deutlich schlechteren Angebot den Umsatzrückgang nicht ersparen können¹³.

In der grundsätzlich freiheitlichen Ordnung der schweizerischen Wirtschaft wurde bekanntlich durch die revidierten Wirtschaftsartikel die Möglichkeit geschaffen, für wichtige, in ihrer Existenzgrundlage bedrohte Wirtschaftszweige besondere Schutz- und Förderungsmassnahmen zu ergreifen¹⁴. Eine volkswirtschaftliche Beurteilung des Zugabewesens muss deshalb noch die Untersuchung enthalten, ob durch Zugaben einzelne Wirtschaftszweige ernsthaft bedroht werden können.

Es ist denkbar, dass sich jene Fabrikations- und Handelszweige durch Zugabepraktiken anderer Branchen geschädigt fühlen können, welche die hauptsächlich als Zugabegegenstände verwendeten Artikel herstellen oder handeln. Besonders, da als Zugaben mit Vorliebe Waren bestimmter Artikelgruppen verwendet werden¹⁵. Diesen Bedenken steht jedoch das gewichtige Argument gegenüber, dass die freiheitlich geordnete Wirtschaft keine Abgrenzung der Tätigkeitsbereiche der einzelnen Handels- und Fabrikationszweige gegeneinander kennt. Es ist ohnehin sehr fraglich, ob die betreffenden Wirtschaftskreise durch die Zugabensysteme empfindlich geschädigt werden. Konkrete Klagen konnten noch nicht erhoben werden.

Eine neuere diesbezügliche Untersuchung hat jedenfalls ergeben, dass die Verwendung der typischen Zugabegegenstände «in der Regel keine Schmälerung der Gesamtnachfrage, sondern eher eine Steigerung mit sich bringt»¹⁶.

¹² Die Zugabe muss bei einem solchen Vergleich als Leistung berücksichtigt werden.

¹³ Vgl. Gutersohn/Lisowsky 37.

¹⁴ Vorn 32.

¹⁵ Haushaltartikel (Bestecke, Küchengeräte usw.)

Artikel des täglichen Bedarfs

Spielwaren

Bücher

¹⁶ Gutersohn/Lisowsky 39.

Die Ankündigung und Darbietung von Zugaben kann neue Bedürfnisse schaffen, die vielfach den Konsumenten zu direkten Einkäufen im Fachgeschäft verleiten¹⁷.

Schliesslich sind noch die wichtigsten Vor- und Nachteile im Hinblick auf den Kunden zu erwähnen.

Die für die Zugabenreklame aufgewendeten Mittel kommen — im Gegensatz zum Aufwand der sonstigen Werbung — zum Teil dem Kunden zugute¹⁸. Im Zusammenhang mit der erwähnten zusätzlichen Bedürfnisweckung verdient es Beachtung, dass Zugabeartikel den Gebrauch der Hauptware wesentlich erleichtern können¹⁹ und damit zu verbesserter Bedürfnisbefriedigung beitragen. Die Gutschein- und Rabattsysteme regen den Sparsinn an, tragen aber zugleich den Nachteil in sich, dass sie die Kunden für längere Zeit an bestimmte Produkte oder Verkaufslokale binden. Verliert der Kunde die Geduld, bevor er an Gutscheinen die nötige Punktzahl gesammelt hat, so muss er in der Regel auf die einkalkulierte Bevorteilung verzichten und hat damit die Hauptware zu teuer bezahlt. Da die Zugabe die Aufmerksamkeit des Käufers von der Hauptware ablenken kann, wirkt sie nur in sehr beschränktem Masse markterhellend, begünstigt dagegen Preisverschleierungen. Diese Ablenkungsmöglichkeit kann zu bewusster oder unbewusster Täuschung führen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Zugabe grundsätzlich keine besondere Gefährdung des wirtschaftlichen Verkehrs mit sich bringt. Solange sich die Zugabenreklame an den Lauterkeitsgrundsatz hält und sich bemüht, markterhellend zu wirken, wird sie keine wirtschaftlichen Störungen verursachen und die Verwirklichung des Leistungsgrundsatzes nicht mehr gefährden als andere Werbemittel.

Die Polemik über das Zugabewesen²⁰ erklärt sich nicht zuletzt dadurch, dass hinsichtlich Zugabenreklame die Wettbewerber sich in zwei Parteien trennen — «Zugabefirmen» und Unternehmen ohne Zugabengewährung —, während in bezug auf Werbung schlechthin die Lager geschlossen

¹⁷ Z. B. um die Zugaben-Bestecke im Direkteinkauf zu ergänzen.

¹⁸ Deshalb das Schlagwort der «Zugabefirmen»: «Werte statt Worte!»

¹⁹ Z. B. Aufbewahrungsdosen u. a. m.

²⁰ Vgl. dazu: Tiburtius 32 ff., 102 ff.

Opitz 15 ff.

Gutersohn/Lisowsky 16/17.

Müller, W.: Eingabe des Verbandes schweizerischer Wertreklamefirmen an die schweizerische Bundesversammlung... zur Beratung des Entwurfes über das BG betreffend unlauteren Wettbewerb. Ablehnung eines Zugabeverbots (Zürich 1934) 1 ff.

sind. Gewisse Unterschiede in den Fabrikations- und Vertriebsmethoden sind in einer freiheitlich geordneten Wirtschaft nicht zu vermeiden. Daneben ist jedoch zu betonen, dass die Zugabengewährung eine wettbewerbsfremde Reklametätigkeit ermöglichen, ja begünstigen kann. Ihre Sonderheiten können den Wettbewerber verleiten, den Rahmen der Toleranz zu überschreiten und eignen sich bei einiger Phantasie geradezu ideal, um unsaubere Machenschaften zu verdecken. Die heutige Situation kennt allerdings nur wenige Auswüchse, was mit dem fehlenden Anreiz zu rücksichtslosen Werbeaktionen zusammenhängen mag. Es kann aber nur nützlich sein, für die Beurteilung heutiger und künftiger Formen wegleitende Normen zu finden.

Vierter Abschnitt

Die Zugabe im Lichte der Wettbewerbsgrundsätze

§ 9. Grundsätzliche rechtliche Betrachtung

I. Vorbemerkungen

Die Aufstellung von Rechtsgrundsätzen will dem Bedürfnis der Allgemeinheit nach Rechtssicherheit entsprechen. Allgemein gehaltene Normen¹, die der richterlichen Interpretation grossen Spielraum gewähren, bilden eine Quelle der Rechtsunsicherheit, sei es, dass der Sinn der Norm von der Allgemeinheit nicht oder falsch verstanden wird, sei es, dass die Auffassung der Allgemeinheit oder bestimmter Kreise sich mit der Rechtsprechung nicht deckt. Die Grundsätze sind als Hilfsmittel für die Anwendung eines Rechtsstaates gedacht. Sie ermöglichen die Auslegung eines Rechtssatzes².

Für das Wettbewerbsrecht haben die Grundsätze von Treu und Glauben³ eine besondere Bedeutung, da durch die Generalklausel des UWG die Ausübung des Rechtes auf wirtschaftliche Betätigung ausdrücklich an die Grundsätze von Treu und Glauben gebunden wurde. Für die herrschende Lehre⁴ liegt der Sinn des Rechtes auf wirtschaftliche Betätigung bekanntlich in der Verwirklichung des Leistungsprinzips (Erbringung, Sicherung und Belohnung der besten wirtschaftlichen Leistung). Der Lauterkeitsgrundsatz erhielt damit seine unmissverständliche Formulierung.

Der Leistungsgrundsatz ist der überragende Ordnungsgrundsatz des Wettbewerbsrechtes. Die Lehre vom Leistungsprinzip beruht auf ökonomischen Erfahrungstatsachen. Es muss Sache der Wirtschaftswissenschaften sein, diese Lehre zu erläutern. Damit will nicht gesagt sein, dass das Recht mit wirtschaftlichen Ideen durchsetzt werden solle. Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, aus den ökonomischen Erläuterungen die ent-

¹ Z. B. UWG 1.

² ZGB 2, OR 1 (OR 18), OR 23 ff.

³ ZGB 2.

⁴ Vorn 41 ff.

sprechenden rechtlichen Schlüsse zu ziehen. Wenn das Wettbewerbsrecht seine Aufgabe erfüllen will, müssen seine Normen auf die praktischen wirtschaftlichen Verhältnisse abgestimmt sein und den wirtschaftlichen Erfahrungen Rechnung tragen ⁵.

Die folgenden Untersuchungen sollen die rechtliche Ordnung des Wettbewerbs auf dem Gebiete der Kundenwerbung im allgemeinen und der Werbung durch Zugaben im besonderen erläutern, um die grundsätzlichen Auswirkungen des Leistungsprinzips für diesen besonderen Teil des wirtschaftlichen Wettbewerbs festzuhalten. Diese Untersuchungen müssen zeigen, was für praktische Anforderungen an die Werbung gestellt werden müssen, damit eine Werbetätigkeit als im Rahmen des Leistungswettbewerbs liegend betrachtet werden kann. Es wird sich ergeben, ob sich für die praktische Werbetätigkeit Grundsätze finden lassen, welche die rechtlichen Normen erläutern können.

II. Marktverdunkelung

A) Allgemeines

Die Projektion der Leistungsgrundsätze auf das Zugabewesen muss die Richtlinien für die Unterscheidung zwischen lauterer und unlauterer Zugaben ergeben. Dazu ist es jedoch notwendig, sich über die Anforderungen des Leistungsprinzips an die Werbung schlechthin Klarheit zu verschaffen. Erst wenn Gewissheit darüber besteht, welche Grundsätze für die Werbung gelten müssen im Hinblick auf die Erbringung, Sicherung und Belohnung der besten wirtschaftlichen Leistung, kann erkannt werden, welche Zugabeformen diese Grundsätze verletzen. Zugleich soll uns diese Untersuchung die Beantwortung der Frage erleichtern, ob die Zugabenreklame Tatbestände schaffen könne, die auf Grund des Leistungsprinzips lauter sind, aber trotzdem volkswirtschaftliche Gefahren mit sich bringen.

Die Werbung ⁶ ist für den Kaufmann ein Mittel, um die Aufmerksamkeit des Käufers auf sich — auf das Unternehmen und die Produkte —

⁵ Beispiel: Erlaubter Nichtleistungswettbewerb: wirtschaftlich berechtigter Verkauf zu Verlustpreisen.

⁶ Vgl. zum Folgenden: Gutersohn/Lisowsky 32 ff. Recht, Carl: Die Grenzen der Reklame nach dem heutigen Wettbewerbsrecht (Diss. Köln 1939).

Grimmlinger, Erna: Die Reklame als Mittel des unlauteren Wettbewerbs und ihre Bekämpfung (Diss. Zürich 1938).

zu lenken und Geschäftsabschlüsse zu veranlassen. Durch die Werbung beginnt das System der Marktwirtschaft erst anzulaufen. Wenn wir als Ziel des Wettbewerbes die Erbringung, Sicherung und Belohnung der besten wirtschaftlichen Leistung erkannt haben, so muss es die Aufgabe der Werbung sein, dieses Ziel erreichbar zu machen, da sie eines der wichtigsten Mittel ist, um die Willensbildung der Käufer vor dem Kauf zu beeinflussen.

Das theoretische Modell der vollkommenen Konkurrenz ist nach wie vor das tragende Element der freiheitlichen Marktwirtschaft. Da dieses Denkmodell die volle Rationalität der Marktpartner voraussetzt, so dürfte die *Schaffung der Marktübersicht* die Hauptaufgabe der Werbung sein.

Die Nachfrage kann ihre wichtige Auslesefunktion nur erfüllen, wenn sie über das Angebot orientiert und aufgeklärt ist. Folglich hat die Werbung in erster Linie eine *Aufklärungs- und Orientierungsaufgabe*⁷. Den Käufern wird so ermöglicht, ein günstiges Angebot zu erkennen und auf Grund ihrer Bedürfnisse zweckmässig einzukaufen.

B) Funktion der Werbung im praktischen Wirtschaftsleben

In der Praxis verwirklicht sich das Denkmodell der vollkommenen Konkurrenz nicht so ideal wie in der theoretischen Konstruktion.

Es zeigt sich vorerst, dass die Marktpartner nicht immer völlig rational handeln. Der Abnehmer ist sich über die wirkliche Struktur und Rangfolge seiner Bedürfnisse oft nicht im klaren. Durch die Werbung können diese Lücken geschlossen und neue Bedürfnisse geweckt werden. Jedoch besitzt der Anbieter in der Werbung auch ein Mittel, um Scheinbedürfnisse zu schaffen und den Kunden zu unzweckmässiger Bedarfsdeckung zu verleiten. Es ist bekannt, dass z. B. durch Ausverkaufswerbung, Suggestivreklame grossen Stils oder auch nur durch ein einfaches, geschickt geführtes Gespräch solche Wirkungen erzielt werden können⁸. Es handelt sich hier aber um Fragen, deren Beurteilung fragwürdig wird, denn durch Reklamesuggestion kann eine suggerierte Werterhöhung der Kaufgegenstände erreicht und damit zur Hebung des Allgemeinwohles beigetragen werden. Jedenfalls wird aber eine Bedarfsdeckung, die sich

⁷ Gutersohn/Lisowsky 32.

⁸ Dazu: Gutersohn/Lisowsky 34/35.

Wydlar, Hans: Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen (Diss. Zürich **).

nachträglich als fehlerhaft erwiesen hat — z. B. weil die suggerierte Werterhöhung nicht von Bestand war —, sich nicht dauernd hinziehen, da der Konsument, durch Erfahrungen gewitzigt, solchen Einwirkungen gegenüber misstrauisch wird.

Die Verwirklichung des Leistungsprinzips bleibt folglich hinsichtlich der Weckung neuer Bedürfnisse problematisch, denn wo Werte sich suggeriert erhöhen und scheinbare Scheinbedürfnisse sich durch Gewöhnung durchsetzen, kann die Frage nach der volkswirtschaftlich besseren Leistung nicht beantwortet werden. Gänzlich schrankenlos kann sich ja die Bedürfnisweckung nicht ausbreiten, denn wo gesundheitsschädliche, unsoziale oder unsittliche Grenzen tangiert werden, ist schon durch den allgemeineren Rahmen des Rechts eine Schranke gesetzt. Trotzdem solche Erscheinungen in der Praxis immer eine Rolle spielen werden, muss das Recht auf eine direkte Steuerung verzichten, denn eine erfolversprechende Regelung der Bedürfnisweckung würde Planwirtschaft bedeuten. Die grundsätzlich freie Konsumwahl verbietet derartige Eingriffe.

Das Erreichen der Marktübersicht wird ferner erschwert durch die sich stetig steigernde Vielfalt der Angebote. Dazu kommt, dass sich in neuerer Zeit immer mehr die Tendenz zeigt, die Produkte in handelsüblichen Mengen verpackt in Umhüllungen, Schachteln, Kistchen usw. in den Handel zu bringen. So sehr diese Entwicklung aus praktischen und hygienischen Gründen zu begrüßen ist, muss doch bemerkt werden, dass dadurch der Abnehmer sein ursprüngliches Urteilsvermögen über die Qualität der angebotenen Güter und Leistungen verliert. Der Kunde sieht sich immer mehr auf die Beratung des Händlers, auf die Orientierung des Fabrikanten — d. h. auf die Reklame angewiesen. Im Hinblick auf das Postulat der Markterhellung sind diese Erscheinungen somit nicht zu begrüßen; der Markt wird unübersichtlicher. Die Folge davon ist eine zunehmende Bedeutung der Werbung, welche die aus der Vielzahl der Angebote sich ergebende Unsicherheit zu beheben hat und die Marktübersicht wiederherstellen muss.

C) Wahr- und Klarheitsgrundsatz

Es steht somit fest, dass der Werbung im Rahmen des Leistungsprinzips die Funktion zukommt, markterhellend zu wirken. Die Werbung muss die tatsächlichen Verhältnisse herausstellen und dem Kunden ermöglichen, die wirkliche Struktur des Angebots — Qualität, Gebrauchseignung, Preis

— zu erkennen. Sie muss *wahr und klar* sein. Nur eine solche Werbung kann die erdrückende Vielzahl der Angebote einigermaßen durchleuchten und der Nachfrage zu zweckmässiger Bedarfsdeckung verhelfen.

Die Wahrheitspflicht ergibt sich schon aus dem allgemeinen Rahmen des Rechts. Für das Geschäftsleben und den Wettbewerb erhält sie ihre besondere Ausprägung durch die Pflicht zur Klarheit, welche nicht nur unrichtige, sondern auch irreführende Angaben erfasst.

Die Werbung richtet sich in der Regel an den unbestimmten Kreis der Abnehmer, der auch Laien, Leichtgläubige und Ungebildete umfasst. Die Forderung nach eindeutiger Klarheit der Reklame hat deshalb ihre Berechtigung. Der Wahr- und Klarheitsgrundsatz ist eine notwendige Folge des übergeordneten Leistungsgrundsatzes und der Grundsätze von Treu und Glauben. Missachtet die Werbung das Prinzip der Wahrhaftigkeit, so muss sich zwangsläufig eine Verdunkelung der wirtschaftlichen Marktverhältnisse mit allen ihren negativen Folgen einstellen⁹. Das Interesse der Volkswirtschaft an einer aufklärenden, wahren Werbung ist deshalb gross.

Jedoch stellt der Wahrheitsgrundsatz für die Werbung keinen Freibrief dar. Er findet seine Grenzen in der Pflicht zur *Achtung des Konkurrenten*, welche aber im Zusammenhang mit der Beurteilung der Zugabenreklame keine besondere Bedeutung erlangt. Ein Einbruch in die Pflicht zur Achtung des Konkurrenten liegt vor bei der herabsetzenden Reklame (Anschwärzung)¹⁰, bei der bezugnehmenden Reklame¹¹ und gegebenenfalls bei der vergleichenden Reklame¹².

Für die Zugabenreklame fallen diese Fälle der Wortreklame ausser Betracht. Sie können wohl in Verbindung mit einem Zugabentatbestand auftreten, sind dann aber ohne weiteres von diesem lösbar und gesondert zu betrachten.

In unserem Zusammenhang verdient nur die *schwindelhafte*¹³ Reklame Beachtung. Ihr typisches Merkmal ist die unrichtige Angabe über die

⁹ Gutersonn/Lisowsky 33.

¹⁰ UWG 1,2 a. BGE 55 II 181, 56 II 30, 58 II 449 ff., 59 II 24.

¹¹ BGE 59 II 163, 60 II 257.

¹² BGE 21/1188, 58 II 25, 59 II 21, 61 II 346.

Büren, Bruno von: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes auf dem Gebiete der vergleichenden Werbung in ZBJV 82 (1946) 313 ff.

¹³ UWG 1,2 b. BGE 64 II 120, 70 II 159.

Grimmlinger, Erna: Die Reklame als Mittel des unlauteren Wettbewerbs und ihre Bekämpfung (Diss. Zürich 1938) 83 ff.

eigene Leistung. Für sie ist der Wahr- und Klarheitsgrundsatz in vollem Umfange anwendbar.

Da die Werbeäußerung sich an den unbestimmten Kreis der Abnehmer richtet, muss entscheidend darauf abgestellt werden, welche Vorstellungen die Reklame beim Adressaten erzeugt¹⁴. Es handelt sich deshalb nicht von vornherein um einen Verstoss gegen die Wettbewerbsgrundsätze, wenn eine Reklametätigkeit täuschen oder irreführen *will*; sie muss von den Adressaten auch entsprechend verstanden werden. Die Beurteilung der Werbetätigkeit verlangt folglich die nähere Bestimmung des Kreises, an den sich die Werbung wendet (Verkehrskreis, Bildungsgrad, soziales und kulturelles Niveau), wobei sich eine Dreiteilung der Verkehrskreise in Fachleute, Händler und Letztkonsumenten empfiehlt¹⁵. Hinsichtlich der Letztkonsumenten muss auf die Urteilsfähigkeit eines *flüchtigen, durchschnittlichen Konsumenten*¹⁶ abgestellt werden, denn der Kreis der Letztkonsumenten, der Laien, ist in besonderem Masse auf die wahre und klare Orientierung der Reklame angewiesen.

Oertliche¹⁷, zeitliche¹⁸ und sachliche Umstände sind ebenfalls zu berücksichtigen.

Zusammenfassend darf gesagt werden, dass als entscheidendes Kriterium des Wahr- und Klarheitsgrundsatzes nicht die Täuschungsabsicht, sondern die *Täuschungseignung* gelten muss. Es genügt, dass sich die Werbeäußerung zur Täuschung oder Irreführung eignet¹⁹, wobei die Werbeäußerung in ihrer Gesamtheit zu würdigen ist²⁰.

Es entspricht durchaus den massgebenden Grundsätzen, wenn die Wahr- und Klarheitspflicht nicht nur auf die Reklametätigkeit im Sinne eines positiven Handelns beschränkt bleibt, sondern auch ein Verschweigen von Tatsachen erfasst, welches sich zur Irreführung eignet. M. a. W. die Aufklärung kann gegebenenfalls zur Pflicht werden²¹.

Die praktischen Auswirkungen des Wahr- und Klarheitsgrundsatzes werden noch zu würdigen sein²².

¹⁴ «Täuschungseignung» (Callmann: Der unlautere Wettbewerb. Komm. 2. A. (Mannheim 1932) 221/22).

¹⁵ BGE 37 II 15.

¹⁶ BGE 50 I 216, 60 II 259.

¹⁷ BGE 30 II 599 (Genfer Publikum), 40 I 300 (Landbevölkerung).

¹⁸ BGE 43 II 56 (Kriegszeiten).

¹⁹ BGE 47 I 202.

²⁰ Dies gilt nicht nur inhaltlich, sondern auch räumlich.

²¹ BGE 58 II 22.

²² Hinten 90 ff.

D) Sachlichkeitsgrundsatz

Die Lehre vom Sachlichkeitsgrundsatz wurde von Callmann²³ zur Erläuterung des Lauterkeitsbegriffes aufgestellt. Unter diesem Grundsatz ist die Forderung zu verstehen, dass im Wettbewerb nur Handlungen vorgenommen werden dürfen, die in sachlichem Zusammenhang mit der geschäftlichen Tätigkeit stehen. Ein durchschlagender Erfolg blieb dieser Lehre versagt. Trotzdem erheben sich gerade im Zusammenhang mit der Zugabenreklame immer wieder Stimmen, die den sachlichen Zusammenhang fordern²⁴. Es muss deshalb kurz auf diese Lehre eingetreten werden.

Der Lauterkeitsbegriff ist heute auf Grund des Leistungsprinzipes eindeutig bestimmt. Die Untersuchung muss sich deshalb darnach richten, ob der Sachlichkeitsgrundsatz als Ausfluss des Leistungsgrundsatzes eine gewisse Berechtigung habe. Abgesehen davon, dass der Begriff des «sachlichen Zusammenhanges» ein dehnbarer ist und sich im Laufe der wirtschaftlichen Entwicklung immer mehr ausweiten wird, sind Wettbewerbs-handlungen denkbar, die auf Grund des Leistungsprinzips unlauter sind, trotzdem sie in sachlichem Zusammenhang mit der geschäftlichen Tätigkeit des Wettbewerbers stehen²⁵. Es ist daher zwecklos, den Sachlichkeitsgrundsatz für die Beurteilung von Wettbewerbshandlungen schlechthin verwenden zu wollen.

Es stellt sich somit für uns die Frage, ob diese Lehre innerhalb der Reklame eine gewisse Bedeutung erlange.

Für die Reklame wurde die Forderung aufgestellt, markterhellend zu wirken. Folglich muss sich die Untersuchung in der Richtung bewegen, dass die Frage beantwortet werden kann, ob durch das Fehlen eines sachlichen Zusammenhanges zwischen der Werbung und der sonstigen geschäftlichen Tätigkeit des Wettbewerbers eine Marktverdunkelung eintreten könne.

In bezug auf das Reklamemittel an und für sich, seine Form und seinen Inhalt muss die Frage verneint werden. Wenn in der modernen Werbung Mittel verwendet werden — Film, Flugblatt, Inserat usw. — die in keinem sachlichen Zusammenhang mit der angepriesenen Leistung stehen, so

²³ Callmann: Der unlautere Wettbewerb Komm. 2. A. (Mannheim 1932) 37 ff.

Kohlmeier, Rupert: Der Sachlichkeitsgrundsatz im Wettbewerbsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Zugabewesens (Diss. Erlangen 1933) 14 ff.

²⁴ Ulmer, Eugen: Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht (Berlin 1932) 29 ff.; Kohlmeier a. a. O. 24.

²⁵ Z. B. die Veranstaltung von Ausverkäufen, für die ein Grund nicht anerkannt ist.

resultiert daraus noch keine Marktverdunkelung. Das gleiche gilt für Form und Inhalt. Ein Werbemittel, das hinsichtlich Form²⁶ einen sachlichen Zusammenhang mit der angepriesenen Leistung — der geschäftlichen Tätigkeit des Werbenden — missen lässt, muss nur auf Grund dieses unsachlichen Zusammenhanges noch nicht marktverdunkelnd wirken. Hingegen haben wir schon anhand des Wahr- und Klarheitsgrundsatzes erkannt, dass die tatsächliche, objektive Struktur eines Reklamemittels oder dessen Inhalts nicht unbedingt Aufschluss über seine Eignung zur Marktverdunkelung geben muss. Entscheidend ist die Wirkung, die beim Adressaten erzielt wird.

Für den Sachlichkeitsgrundsatz ergibt sich somit, dass zu prüfen wäre, in welchem Umfange der Konsument *durch unsachliche Motive*²⁷ zum Kaufabschluss verleitet werden kann, m. a. W. ob die Werbung bewirken kann, dass ein Adressat zum Kaufabschluss bewogen wird, nicht der Ware oder Leistung wegen, sondern aus anderen Gründen.

Damit verliert jedoch der Sachlichkeitsgrundsatz seinen praktischen Wert als Kriterium der Marktverdunkelung, trotzdem unsachliche Kaufmotive durchaus nicht dem reinen Sinn des Leistungsprinzips entsprechen. Es wird aber praktisch nie möglich sein, die verschiedenen unsachlichen Motive, die zu Kaufabschlüssen führen, eindeutig zu erfassen²⁸. Sie treten im täglichen Leben viel zu häufig auf und sind vielfach selbst dem Käufer nicht bewusst²⁹.

Was vom Sachlichkeitsgrundsatz übrig bleibt, kann als «Wunsch nach Versachlichung der Reklame»³⁰ bezeichnet werden, dem ohne weiteres zugestimmt werden kann, trotzdem er eine rechtliche Bedeutung verloren hat.

Die Zugabenreklame stellt insofern einen Sonderfall dar, als sie eine Umsatzsteigerung durch den Hinweis auf eine Nebenleistung zu erreichen sucht. Ihr typisches Merkmal ist die Ablenkungsmöglichkeit von der

²⁶ Beispiele von Reklamemitteln, die hinsichtlich Form und Inhalt in keinem sachlichen Zusammenhang mit der angepriesenen Leistung stehen, sind ungezählt:

— Eine Tabakfirma gibt in ihren Inseraten Anleitungen zum Skifahren.

— Eine Strumpffabrik bringt in ihren Inseraten humoristische Verse, die mit Strümpfen nichts zu tun haben.

— Eine Nahrungsmittelfirma erzählt Lebensweisheiten usw. usw.

²⁷ Kohlmeier a. a. O. 18.

²⁸ Eine freundliche Bedienung kann ebenfalls zu einem Kauf aus unsachlichen Motiven verleiten!

²⁹ Um ein unsachliches Kaufmotiv handelt es sich schon, wenn eine Frau ein Kleid kauft, nicht des Kleides wegen, sondern, um damit der Freundin zu imponieren.

³⁰ Kohlmeier a. a. O. 24.

Hauptleistung. Kann deshalb für das Zugabewesen generell von einer Ausnützung unsachlicher Kaufmotive gesprochen werden? Es ist hier zu bedenken, dass Konsumgüter, die scheinbar in gar keinem sachlichen Zusammenhang stehen, über den Konsumenten und seine unbegrenzte Bedürfnisweite einen Zusammenhang erlangen³¹. Die durch die Zugabenreklame ermöglichte Ablenkung von der Hauptware muss deshalb nicht unbedingt unsachliche Kaufmotive erzeugen. Es zeigt sich auch hier wieder, dass von Fall zu Fall zu entscheiden ist, wobei im konkreten Einzelfall eine Entscheidung, ob der Kaufabschluss auf Grund eines unsachlichen Kaufmotivs zustande gekommen ist oder aus an und für sich sachlichen Gründen, schwerlich eindeutig getroffen werden kann. Dasselbe gilt für in Aussicht gestellte Leistungen³². Der Sachlichkeitsgrundsatz kann folglich als rechtlicher Grundsatz und Wertmassstab für Wettbewerbshandlungen auch innerhalb der Werbung nicht verwendet werden.

III. Zugabewesen und Leistungsprinzip

Im Bestreben, für die rechtliche Beurteilung der geschäftlichen Werbung Richtlinien zu finden, wurde versucht, die Funktion der Werbung im Rahmen des freiheitlichen Wettbewerbs klarzustellen. Dabei sind wir auf grundsätzliche Anforderungen gestossen, die an die Werbung gestellt werden müssen, damit sie ihre Funktion sinngemäss erfüllen kann.

Dem Leistungsprinzip zufolge muss an die Werbung das Postulat der Markterhellung gestellt werden. Die Wettbewerbsordnung benötigt eine wahre, klare und orientierende Werbung.

Zur Erbringung, Belohnung und Sicherung der besten wirtschaftlichen Leistung ist es unerlässlich, dass die Reklame klare Verhältnisse schafft und eine wirklichkeitsgetreue Uebersicht über die Marktlage vermittelt. Es ist nur unter dieser Voraussetzung möglich, dass die Nachfrage die besten wirtschaftlichen Leistungen belohnen kann. Solange sich die Werbung an diese Grundsätze hält, fördert sie das fruchtbare Kräftespiel des freien Marktes.

Sobald sie jedoch diesen Forderungen nicht mehr folgt, die wirklichen Verhältnisse vertuscht und verschleiert und marktverdunkelnd wirkt, hemmt sie die Wettbewerbsordnung, stört das Gleichgewicht Angebot-

³¹ Besonders, wenn die Zugabe den Gebrauch der Hauptware erleichtert.
Vgl. Gutersohn/Lisowsky 49.

³² Z. B. Verkauf einer Uhr mit Gutschein für Revision.

Nachfrage und muss als unlautere Wettbewerbshandlung bezeichnet werden.

Entscheidend für diese Unterscheidung ist die sich nach dem Adressatenkreis richtende Täuschungseignung³³ der Werbetätigkeit. Diese muss bejaht werden, wenn die Werbeäusserung geeignet ist, beim Adressaten falsche Vorstellungen über die Struktur des Angebotes hervorzurufen.

Die sich an den Letztkonsumenten richtende Werbetätigkeit ist volkswirtschaftlich von besonderer Bedeutung, da die Reaktion dieses Wirtschaftskreises den Markt entscheidend beeinflusst. Die Reklame muss auf diesem Gebiete so gestaltet sein, dass der flüchtige, durchschnittliche Konsument in der Lage ist, seinen Bedarf zweckmässig zu decken.

Die Verletzung von Leistungsgrundsätzen ist eindeutig, wenn der Kaufmann über solche Verhältnisse unwahre Angaben macht, die der Konsument gar nicht nachprüfen kann (z. B. die chemische Zusammensetzung des Produkts) oder das Ansehen eines bekannten Unternehmens missbraucht, um für seine Erzeugnisse Käufer zu finden (Nachahmung von Marke, Firma oder Ausstattung). Die Verletzung ist volkswirtschaftlich von besonderem Gewicht, wenn sie zu fehlgeleiteten Dauerkäufen führt. Jedoch sind angesichts der grossen Zahl von Konsumenten auch die Folgen fehlgeleiteter Erstkäufe von Bedeutung. Der Konsument ist hauptsächlich dann auf die aufklärende Werbung angewiesen, wenn er ein Produkt nicht kennt und nicht aus eigenen Erfahrungen das Angebot beurteilen kann. Fehlgeleitete Erstkäufe können sich schon ergeben, wenn die Art der Verpackung nicht mit dem wirklichen Inhalt übereinstimmt.

Die bescheiden kleine Tube Zahnpasta wird in einer in den Massen wesentlich grösseren Kartonschachtel angeboten. Die Täuschungseignung ist hier ebenso gegeben wie bei der verheissungsvoll voluminösen Schachtel, aus der nach Beseitigung verschiedener Umhüllungen ein winziges Fläschchen Parfüm herausgeschält werden kann. Die Beispiele täuschender Verpackungen sind ungezählt. Auch das auf der Baukasten-Umhüllung aufgeklebte Bild, das riesige Kranen, Viadukte und Türme wiedergibt, trägt nichts zur Markterhellung bei, wenn das enttäuschte Kind im Baukasten nur Klötzchen findet, mit denen sich nicht einmal ein anständiges Haus bauen lässt. Dass der Wein, dessen Herkunft auf der Flaschenetikette erwähnt wird, nur 60 % der Gesamtmenge betragen

³³ Vorn 83.

muss³⁴, ist für die unklaren Verhältnisse auf diesem Gebiet der Werbung bezeichnend.

Die grundsätzlichen Anforderungen des Leistungsprinzips im allgemeinen und des Wahr- und Klarheitsprinzips im besonderen müssen auch für das *Zugabewesen* Geltung haben, da die Zugabe ein Werbemittel ist.

Da ein Zugabeangebot tatsächlich günstiger sein kann als ein entsprechendes Angebot ohne Zugabe, geht es nicht an, die Zugabe auf Grund ihrer Ablenkungsmöglichkeiten vom eigentlichen Hauptgeschäft grundsätzlich aus dem Wirtschaftsleben verbannen zu wollen. Allein die Tatsache, dass neben der Hauptleistung eine Nebenleistung angeboten und gewährt wird, wirkt noch nicht marktverdunkelnd. Angebot oder Gewährung von Zugaben schaffen erst dann eine Marktverdunkelung, wenn die Struktur des Angebots oder die spezielle Art der Gewährung Leistungsgrundsätze verletzt.

In der Mehrzahl aller Fälle einer Verletzung von Leistungsgrundsätzen wird der Tatbestand einer *Täuschung* gegeben sein, da die marktverdunkelnde Wirkung eines Werbemittels im allgemeinen dahin geht, dass es dem Entstehen von Missverständnissen Vorschub leistet oder das kaufende Publikum irreführt oder täuscht.

Das Zugabewesen im besonderen erschliesst jedoch noch weitere Möglichkeiten eines Handelns wider Treu und Glauben im Wettbewerb. Seine Eigenart besteht ja darin, dass es — im Gegensatz zu anderen Werbemitteln — dem Käufer eine «Gabe», d. h. eine wertmässig erfassbare Ware oder Leistung vermittelt. Da die Gewährung der Zugabe oft von zusätzlichen Bedingungen abhängig gemacht wird (nötige Punktzahl usw.) ist zu untersuchen, ob solche Bedingungen Leistungsgrundsätze verletzen können.

Einen Sonderfall stellt die Zugabe dar, deren Gewährung von einem Zufall abhängt. Auch sie ist einer näheren Prüfung zu unterziehen. Angesichts des dem Käufer gewährten wertmässigen Vorteils eröffnen sich die Möglichkeiten einer *Preisunterbietung*, eines *Preisschleuderns*³⁵ durch Zugaben.

³⁴ BRB betreffend die Verwertung von Weissweinen vom 6. 7. 1948 (AS 1948, 818).

³⁵ Vgl. Guterson/Lisowsky 48 ff.

Schliesslich sei noch darauf hingewiesen, dass Zugaben, welche im Zwischenhandel gewährt werden, unter Umständen geeignet sein können, *Bestechungstatbestände* zu schaffen³⁶.

Die Aufzählung der genannten Gesichtspunkte erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Sie wurde gewählt auf Grund vergangener und heutiger Zugabeformen. Bei der Phantasie, die die Werbetätigkeit zeitweise offenbart, ist auch mit neuen, heute unbekannten Zugabeformen zu rechnen. Andererseits ist zu bedenken, dass auch das Zugabewesen kein Gebiet ohne Grenzen ist. Die Richtlinien, die für die heute bekannten Formen gelten müssen, sind auch für zukünftige Zugabearten von Bedeutung.

³⁶ Hinten 103 ff.

§ 10. Beurteilung des Zugabewesens anhand systematischer Gliederung

I. Angebot

Die Zugabe wird relativ selten als «Zugabe» bezeichnet. Häufiger werden umschreibende Bezeichnungen verwendet, wie:

- Geschenk
- Belohnung
- Prämie
- Gratisgabe
- Preis
- ohne Berechnung

oder die attributiven Umschreibungen:

- gratis
- kostenlos
- unentgeltlich
- umsonst

Es fällt auf, dass alle diese Bezeichnungen die Absicht erkennen lassen, die Zugabe als Geschenk hinzustellen. Wir wissen jedoch, dass die Zugabe kein Geschenk ist, sondern eine Werbemassnahme, deren Aufwand bei der Preiskalkulation berücksichtigt wird. Die Bezeichnungen «Geschenk», «Gratisgabe» usw. wären deshalb irreführend.

Es drängen sich hier folgende Ueberlegungen auf:

Einen genauen rechnerischen Einblick in die Kosten des von ihnen betätigten Zugabewesens werden nur Firmen haben, die ihre Reklame systematisch und straff organisiert aufbauen (Markenartikelproduzenten, Grossbetriebe des Detailhandels). Sie sind in der Lage, den Aufwand kalkulatorisch zu berücksichtigen. Dass die Reklamekosten (und damit auch die Zugabenaufwendungen) bei der Preisfestsetzung berücksichtigt werden dürfen, ist selbstverständlich¹. Ob dies hingegen Kleinbetrieben, die hin und wieder eine Zugabe gewähren, möglich ist, ist zu bezweifeln. Wenn die Markenartikelfirma jedem Produkt ihre Gutscheine beifügt und die gegen eine bestimmte Anzahl Gutscheine gewährte Zugabe als Geschenk oder Gratisgabe bezeichnet, muss angesichts der Tatsache, dass der Käufer die einkalkulierte Zugabe ja bezahlt hat, die Bezeichnung «gratis» als *Täuschung* erkannt werden.

¹ BGE 59 II 23. ZR 41 (1942) Nr. 61.

Hingegen ist dem Metzgermeister, der dem Kind des Kunden einen Wurstzipfel gibt, die Berechtigung nicht abzusprechen, diesen Wurstzipfel als «Geschenk» zu bezeichnen. Es kann heute noch Fälle geben, wo die Zugabe als wirkliche Schenkung erscheint. Wird das Schenken jedoch zur regelmässigen geschäftlichen Massnahme, zum Geschäftsprinzip gemacht, zu einem besonderen System ausgebaut, dann hat es seine Begriffsmerkmale verloren. Die Zugabengewährung wird zum besonderen Verkaufssystem², wenn *vor* dem Geschäftsabschluss auf sie hingewiesen wird oder wenn sie zur regelmässigen Uebung wird. Von diesem Moment an ist es irreführend, die Zugabe als unentgeltliche Leistung zu bezeichnen.

Es wird etwa die Ansicht vertreten, dass jeder «normalbegabte Mensch» annehme, bei «Gratiszugaben» sei im Kaufpreis ein Betrag für das «Geschenk» enthalten³.

Es mag zutreffen, dass jene Käuferkreise, die Einblick in kaufmännische Verhältnisse haben, die kalkulatorische Berücksichtigung der Zugabekosten als selbstverständlich hinnehmen. Ob dies jedoch bei allen Konsumentenschichten der Fall sei, muss bezweifelt werden.

Auch wenn angenommen wird, alle Kunden seien über die Preisverhältnisse orientiert, ist nicht einzusehen, wieso ein Kaufmann berechtigt wäre, eine Leistung, für die er ein Entgelt erhält, als unentgeltlich zu bezeichnen⁴.

Die Bezeichnung «gratis» für eine entgeltliche Leistung ist eine unrichtige und irreführende Angabe i. S. UWG 1, 2 b.

Eine ausnahmsweise gewährte, einmalige Zugabe kann eine unentgeltliche Leistung sein (z. B. Gaben an Kunden anlässlich des hundertsten Gründungstages der Firma u. dgl.). Solche Zugaben bezwecken nicht in erster Linie eine Umsatzsteigerung. Ihnen ist die wirkliche Struktur eines Geschenkes zum grossen Teil erhalten geblieben.

Sobald jedoch in der Reklame auf die Zugabengewährung hingewiesen wird, muss angenommen werden, dass die Zugabe zur Umsatzsteigerung verhelfen solle. Damit wird die Zugabe zum besonderen Verkaufssystem, welches mit unentgeltlichem Schenken nichts mehr gemein hat.

Umschreibende Bezeichnungen, die im Angebot die Zugabe als kostenlose Leistung erscheinen lassen,

² Opitz 67 ff.

³ ZR 46 (1947) Nr. 61.

⁴ Wie wäre sonst die wirklich unentgeltliche Leistung zu bezeichnen?

verstoßen deshalb gegen die Grundsätze von Treu und Glauben.

Als Beispiele mögen folgende Ankündigungen gelten:

«Gegen 10 Gutscheine eine Dose gratis.»

«Bei Einkäufen über Fr. 20.— eine Gratisgabe.»

«Jeder Käufer erhält ein Geschenk.»

«Gratiswettbewerb» (wenn der Wettbewerb als Zugabenveranstaltung anzusehen ist).

Im Zusammenhang mit den Rabattbüchlein des Lebensmittelhandels wird oft der Ausdruck verwendet: «ohne Inanspruchnahme des Wirtschaftsgeldes». Auch das ist eine Irreführung, da die Hausfrau den «Sparbetrag» beim Kauf selbst aufbringt.

Eine Täuschung des Publikums ist schon dadurch möglich, dass das Angebot in seinem Gesamteindruck die Vorstellung von der Unentgeltlichkeit der Zugabe entstehen lässt⁵. Beim flüchtigen durchschnittlichen Konsument wird dieser Eindruck meist leicht entstehen. Die Täuschungseignung ist zu bejahen, wenn das Angebot geeignet ist, beim Käufer den Eindruck zu erwecken, er erhalte eine Leistung, der keine Gegenleistung gegenüberstehe. Dazu ist jedoch eine ausdrückliche Erwähnung der Unentgeltlichkeit nicht notwendig. Der Konsument ist allerdings nicht in dem Masse des Urteilsvermögens bar, dass jedes Angebot einer Zugabe in ihm die Vorstellung eines Geschenkes erweckt. Das Angebot muss in seiner Gesamtheit den Eindruck der Unentgeltlichkeit besonders unterstreichen.

Wann dies geschieht, ist Tatfrage.

«Treue Kunden erhalten zu Weihnachten eine Flasche Wein.»

Der Hinweis auf Weihnachten ist geeignet, die Vorstellung eines Geschenkes hervorzurufen.

«Bei 10 Gutscheinen — für ihre Kundentreue ein Aschenbecher.»

Da die Zugabe als Entgelt für die imaginäre Treue hingestellt wird, eignet sich auch dieses Angebot zur Täuschung.

Hingegen ist bei Ausdrücken, wie:

«im Preis inbegriffen» oder

«10 Gutscheine berechtigen zum Bezug von ...»,

eine Täuschung zu verneinen.

Nach dem Grundsatz der Wahr- und Klarheit muss die angebotene Leistung klar und eindeutig umschrieben werden. Die Vorstellung, die

⁵ Junckerstorff 16 ff., Opitz 132 ff.

beim Adressaten erzeugt wird, muss den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen. Bezeichnungen, die die angebotene Ware mangelhaft umschreiben, wirken marktverdunkelnd, da sie Missverständnisse hervorrufen können.

Deshalb sind Ausdrücke, wie:

«Ueberraschung»

«Glückspäckli»

nicht zu dulden. Abgesehen davon, dass auch solche Umschreibungen die Vorstellung des Geschenkes hervorrufen können, sind diese Ausdrücke nicht geeignet, den Adressaten genügend aufzuklären.

II. Technik der Gewährung

Es sind folgende Arten der Gewährung auseinanderzuhalten:

- A) Unmittelbare Gewährung beim Abschluss des Hauptgeschäftes
(evtl. mit der Wahlmöglichkeit Zugabe - Barabzug),
- B) Verzögerte Gewährung,
- C) Von einem Zufall abhängige Gewährung,
- D) Gewährung an Dritte.

A) Unmittelbare Gewährung beim Abschluss des Hauptgeschäftes

(evtl. mit der Wahlmöglichkeit Zugabe - Barabzug)

Dem Käufer wird oft die Wahl offen gelassen, die Zugabe anzunehmen oder einen Barbetrag vom Kaufpreis abzuziehen.

Am einfachsten ist der Tatbestand zu beurteilen, wenn für die Zugabe und für die Hauptware die üblichen Handelspreise angesetzt werden. Dann kann weder die Zugabengewährung noch ein entsprechender Barabzug besondere Folgen nach sich ziehen. In der Regel wird jedoch der im Verkaufspreis der Hauptware einkalkulierte Zuschlag für die Zugabe nicht dem Preis entsprechen, der im Detailhandel für die Zugabe allein zu bezahlen wäre. Der Kaufmann will nicht in erster Linie mit dem Vertrieb der Zugabeartikel Geld verdienen. Diese sollen vielmehr den Verkauf der Hauptware fördern. Deshalb erfüllen die Zugabeartikel ihre Aufgabe eher, wenn sie ungefähr zum Selbstkostenpreis oder gar zum Einstandspreis⁶ verrechnet werden.

⁶ Selbstkostenpreis = Einstandspreis + Gemeinkosten
Verkaufspreis = Selbstkostenpreis + Gewinnmarge

Da der Kunde die Zugabe nach ihrem Detailverkaufspreis bewertet, erreicht der Kaufmann durch den Verzicht auf die Gewinnmarge der Zugabeartikel im Effekt eine Verbilligung der Hauptware. Der Preis der Hauptware kann auf diese Art unterboten werden. Die Möglichkeit eines Barabzuges ändert an diesem Sachverhalt nicht viel, da der Kunde es natürlich einsieht, wie viel besser er fährt, wenn er die Zugabe wählt, statt sich den (Selbstkosten-) Preis der Zugabe vergüten zu lassen.

Diese Technik der Zugabengewährung kann von der einfachen Preisunterbietung bis zum Preisschleudern führen⁷.

Die Preisunterbietung durch Zugaben zeichnet sich dadurch aus, dass sie nicht nur für die brancheneigenen Konkurrenten Folgen haben kann, sondern auch die Interessen derjenigen Wettbewerber berührt, die die Zugabenartikel normalerweise handeln.

Abgesehen von den Möglichkeiten der Preisbeeinflussung eröffnen weder die direkte Gewährung von Zugaben noch die freigestellte Wahl zwischen Zugabe und Barabzug weitere rechtliche Gesichtspunkte — vorausgesetzt, dass das Angebot mit dem Wahr- und Klarheitsgrundsatz vereinbar ist.

B) Verzögerte Gewährung

Der Kunde erlangt erst nach einer Mehrzahl von Käufen das Recht, die wirkliche Zugabe zu beziehen. Mit jedem Kauf wird ihm ein Gutschein überreicht. Schon dieser Gutschein repräsentiert eine Zugabe. Doch ist der einzelne Gutschein oder Check in der Regel praktisch wertlos, da er nicht einzeln eingelöst werden kann. Die effektive Zugabe wird erst gegen eine bestimmte Anzahl dieser Gutscheine gewährt.

Die technische Organisation solcher «Sammelsysteme» kann in der Praxis verschiedene Formen annehmen. Die systematische Klassifizierung hat folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

Hinsichtlich Sammelobjekt sind zu unterscheiden:

- Sammelpunkte (z. B. Reisepunkte)
- Gutscheine oder Checks
- Rabattmarken
- Kassascheine
- übrige Sammelobjekte (Umhüllungen, Zapfen usw.)

⁷ Hinten 104 ff.

Als Zugabegegenstand sind gebräuchlich:

- Bargeld (hauptsächlich in Verbindung mit Rabattmarken)
- Waren oder Leistungen gleicher Branche (in der Regel bei Kassascheinen)
- Waren oder Leistungen einer fremden Branche (hauptsächlich bei Sammelpunkten, Gutscheinen, Umhüllungen usw.).

Als weitere Unterscheidungsmerkmale könnten ausserdem noch angeführt werden:

- die Dauer der Verzögerung und
- die Stärke der Bindung an den Stammladen.

Das typische Merkmal dieser Systeme, an das die rechtliche Untersuchung anzuknüpfen hat, ist die Verzögerung. Sie ermöglicht neue Tatbestände, welche auf ihre Eignung zur Verletzung von Leistungsgrundsätzen zu prüfen sind.

1. Da der einzelne Gutschein praktisch wertlos ist, sieht sich der Käufer gezwungen, die für den Bezug der Zugabe vorgeschriebene Zahl von Gutscheinen zu erwerben, da er sonst der einkalkulierten Bevorteilung verlustig ginge und die Ware damit zu teuer bezahlt hätte. Die Gutschein-systeme sind deshalb werbetechnisch besonders wirkungsvoll, weil durch sie eine *Bindung* des Käufers an den Verkäufer erreicht wird. Auf den ersten Blick erscheint eine solche Bindung wettbewerbsfremd. Sie stört das Leistungsprinzip, wenn sie bewirkt, dass der Käufer auf Grund dieser Bindung ein eindeutig schlechteres Angebot einem eindeutig besseren vorzieht. Jedoch ist eine objektive Klassifizierung der angebotenen Waren und Leistungen in «bessere» und «schlechtere» mit Rücksicht auf die verschiedenartigen Kundenbedürfnisse kaum gerechtfertigt. Eine solche Klassifizierung ist dem subjektiven Urteil der Nachfrage zu überlassen. Es ist möglich, dass ein Käufer aus persönlichen Gründen ein Gutschein-system besonders schätzt⁸. Das mit Gutscheinen verbundene Angebot kann deshalb für ihn besonders wertvoll sein. Die Selbststeuerung des freien Marktes darf nicht unterschätzt werden. Sie ist schliesslich das tragende Prinzip der freien Wirtschaftsordnung.

2. Eine wichtige Voraussetzung für die Selbststeuerung des Marktes ist bekanntlich das wahre und klare Angebot. M. a. W. die Verzögerung der Zugabengewährung muss derartig sein, wie sie sich der Käufer auf Grund des Angebotes vorstellt. Sie verstösst gegen das Leistungsprinzip, wenn sie sich technisch anders abspielt, als es der Käufer erwartet hat. Damit

⁸ Z. B. zur Betätigung seines Spar- und Sammeltriebes.

wird wieder die Frage der Täuschungseignung aufgegriffen. Da der Verkäufer die Gutscheinsysteme organisiert, die Art der Zugabe und die nötige Punktzahl bestimmt, hat er es in der Hand, die Gewährung der Zugabe von zusätzlichen *Bedingungen* abhängig zu machen. Es muss angenommen werden, dass jeder Käufer sich unter einem Gutscheinsystem eine Zugabenpraktik vorstellt, die es ihm ermöglicht, bei *normalen* Einkäufen⁹ *innert nützlicher Frist* den Besitz der Zugabe zu erlangen. Diese Vorstellung kann dadurch verändert werden, dass in der Ankündigung des Gutscheinsystems auf besondere Bedingungen hingewiesen wird. Mit Rücksicht auf die Flüchtigkeit des durchschnittlichen Konsumenten ist jedoch nicht zu erwarten, dass der Käufer vor dem Kauf die besonderen Bedingungen sorgfältig studiert und die praktischen Folgen ermessen kann. Daraus muss der Schluss gezogen werden, dass alle Bedingungen, die das Erlangen der Zugabe im Vergleich zur erwähnten Norm erschweren, als Täuschung anzusehen sind.

Es widerspricht den Grundsätzen von Treu und Glauben, wenn die erforderliche Punktzahl derart hoch ist, dass der Käufer bei normalen Einkäufen erst *nach Jahren* die Zugabe beziehen könnte. Ebenso ist eine Täuschungseignung zu bejahen, wenn die Gültigkeit der Gutscheine *zeitlich begrenzt* wird, und der Käufer bei normalen Einkäufen nicht in der Lage ist, bis zur angesetzten Frist die nötige Punktzahl zu erreichen.

3. Die klare Bezeichnung des Zugabegenstandes ist bei der verzögerten Gewährung von besonderer Bedeutung, da die täuschende Bezeichnung nicht schon nach dem ersten Kauf erkannt wird, sondern erst nach der für den Bezug der Zugabe erforderlichen Mehrzahl von Käufen.

4. Eine besondere Art der verzögerten Zugabengewährung bilden die sogenannten «*Sparverträge*» einzelner Branchen. Im Gegensatz zum Kauf auf Abzahlung beruhen die Sparverträge auf dem Prinzip des zinstragenden Voraussparens¹⁰. Die Zugabe besteht darin, dass dem Sparer ausser dem Bankzins ein zusätzlicher «Ermunterungszins» und eine «Stammeinlage» zukommt. Die Täuschung ist perfekt, wenn Ermunterungszins und Stammeinlage im Kaufpreis verrechnet werden, und der Sparvertragskäufer einen höheren Kaufpreis zahlen muss, als der barzahlende Käufer. Wird

⁹ Unter «normalen Einkäufen» will hier die Bedarfsdeckung einer Familie von durchschnittlicher Kinderzahl und durchschnittlichem Lebensstandard verstanden sein.

¹⁰ Der Abschluss eines Sparvertrages verpflichtet noch nicht zum Kauf.

jedoch der für die Sparverträge benötigte Aufwand derart kalkulatorisch verteilt, dass der Sparvertragskäufer den selben Preis zu zahlen hat, wie der barzahlende Käufer, so stehen auch durch diese Sparverträge die Möglichkeiten von Preisunterbietungen offen.

C) Von einem Zufall abhängige Gewährung

Zugaben, deren Gewährung von einem Zufall abhängig gemacht wird, sind in der Praxis recht häufig anzutreffen. Meistens werden solche Veranstaltungen als «Wettbewerb», «Gratis-Wettbewerb» oder «Preisrätsel» bezeichnet.

Auch hier ist in erster Linie zu prüfen, ob ein Zugabetatbestand erfüllt sei, d. h. ob die Teilnahme am Wettbewerb von einem entgeltlichen Rechtsgeschäft abhängig sei¹¹.

Als Zugabe ist die Gewährung einer Gewinnchance anzusehen.

Es führt zu keinem Ziel, wenn nur der in Aussicht gestellte Gewinn als Zugabe betrachtet wird, da dann nur im seltenen Falle des Gewinns ein Zugabetatbestand gegeben wäre¹².

Als Beispiele solcher Zugabeformen seien genannt:

- Wettbewerbe und Preisrätsel, wenn die Veranstaltung als Zugabenaktion anzusehen ist,
- Verlosungen, an denen sich z. B. die Inhaber gefüllter Rabattbücher beteiligen können,
- Werbeaktionen, bei denen jeder tausendsten Packung ein Goldstück beigegeben wird oder jeder millionsten Packung ein Check, der zum Bezug eines Automobils berechtigt.

Die als Zugabe gewährte Gewinnchance ist ein bewährtes Mittel, um die Verkaufstätigkeit zu beleben und den Umsatz zu steigern. Je vielversprechender die ausgeschriebenen Preise, desto grösser wird die Zahl der Teilnehmer. Der einzelne Teilnehmer kann natürlich niemals ermessen, wieviel die Chance wert ist, die ihm eingeräumt wird.

Der Wahr- und Klarheitsgrundsatz des Leistungsprinzips verlangt eine eindeutige Bestimmung der angebotenen Leistung. Da der Einzelne die wirkliche Struktur seiner Chance nicht erkennen kann, ist eine Gewinnchance als Angebot mit dem Wahr- und Klarheitsgrundsatz schlechthin unvereinbar.

¹¹ Ueber die Abgrenzung Zugabe-Werbegabe: vorn 53 ff.

¹² Gl. M. Opitz 141.

Es würde zu weit führen, einer Gewinnchance grundsätzlich die Täuschungseignung zuzusprechen. Eine Täuschung liegt nur dann vor, wenn die beim Adressaten erzeugte Vorstellung sich als falsch erweist. Auch ein grosser Optimist oder sehr flüchtiger Adressat wird die ihm erteilte Chance nicht als absolute Zusicherung des Gewinnes auffassen. Seine Vorstellung über die Struktur der Chance kann aber auch nicht richtig sein, da er nicht in der Lage ist, seine Gewinnaussichten zu er-messen. Es liegt hier der Sonderfall vor, dass der Einzelne sich *überhaupt keine* Vorstellung über die angebotene Leistung machen kann¹³.

Es kann eingewendet werden, dass jeder Wettbewerbs- oder Preisrät-selteilnehmer in der Richtung aufgeklärt ist, dass er damit rechnen muss, nichts zu gewinnen. Eine Vorstellung über den Wert der Chance ist aber gleichwohl unmöglich, da dem Teilnehmer — auch wenn er damit rech-net, nichts zu gewinnen — die Hoffnung bleibt, unter den Gewinnern zu sein.

Durch die zugegebene Gewinnchance will eine Umsatzsteigerung er-reicht werden. Das Leistungsprinzip wird solange nicht gestört, als die in Aussicht gestellten Preise eine derart untergeordnete Rolle spielen, dass der Teilnehmer die Hauptware auch ohne Zugabe zum selben Preis kaufen würde.

Sobald der Käufer jedoch der Chance einen gewissen Wert beimisst, ist er bereit, für die Hauptware einen höheren Preis zu zahlen oder für gleiches Entgelt eine qualitativ schlechtere Hauptware zu akzeptieren. Dies ist dann anzunehmen, wenn die ausgesetzten Preise mehr oder wen-iger wertvoll sind und wird offensichtlich, wenn die Preise derart wertvoll sind, dass die Hauptware nur noch eine untergeordnete Rolle spielt.

Wenn durch Aussetzung wertvoller Preise eine Umsatzsteigerung erreicht wird, so heisst das, dass ein Grossteil der Käufe nicht wegen der Hauptware abgeschlossen worden ist, sondern wegen der Gewinnchance.

Die Chance kann aber wertlos sein. Deshalb können alle jene Käufe Fehlkäufe sein, die wegen der zugegebenen Gewinnchance abgeschlossen wurden.

Der Verkäufer, der durch ein solches Werbemittel versucht, eine Um-satzsteigerung zu erreichen, rechnet damit, dass verschiedene Käufe nur wegen der Zugabe abgeschlossen werden — sonst hätte ja die Zugabe

¹³ Eine Vorstellung über den Wert der Chance ergibt sich erst, wenn die Zahl der gewinnberechtigten Teilnehmer zur Zahl der Gewinne in Beziehung gebracht werden kann.

für ihn gar keinen Werbewert. Da aber alle Käufe, die wegen der Gewinnchance abgeschlossen wurden, Fehlkäufe sein können, widerspricht ein solches Vorgehen den Leistungsgrundsätzen.

Diese Ueberlegungen gelten analog für alle Arten entgeltlicher Rechtsgeschäfte. Es widerspricht den Grundsätzen von Treu und Glauben, wenn bei Abschluss eines entgeltlichen Rechtsgeschäftes ein vermögensrechtlicher Gewinn in Aussicht gestellt wird, über dessen Gewährung der Zufall entscheidet.

Da die Zugabe lediglich in einer Chance besteht, wird versucht, den Spiel- und Wetttrieb der Käuferkreise zur Förderung von Vertragsabschlüssen auszunützen. Die Rechtsordnung behandelt den Spiel- und Wetttrieb mit Vorsicht¹⁴. Verfassungsrechtlich werden Spiel und Wette teilweise beschränkt¹⁵. Lotterien sind bundesrechtlich verboten¹⁶. Diese rechtlichen Massnahmen resultieren aus der Erkenntnis, dass sich aus dem Spiel- und Wetttrieb wirtschaftliche Fehldispositionen ergeben können. Eine Ausnützung des Spiel- und Wetttriebes zur Förderung von Vertragsabschlüssen erscheint schon von diesem allgemeinen Gesichtspunkt aus als mit den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbar.

Natürlich kann auch diese Art der Zugabengewährung in einer Art und Weise organisiert werden, dass das Leistungsprinzip nicht gestört wird¹⁷. Wenn die Technik der Gewährung es ausschliesst, dass der Kauf wegen der zugegebenen Gewinnchance getätigt wurde, wird das Leistungsprinzip nicht gestört. Eine eindeutige Abgrenzung für die Praxis wird jedoch kaum möglich sein.

Mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit muss die in einer Gewinnchance bestehende Zugabe folglich generell als unlauter bezeichnet werden.

Da das *Lotteriewesen* gesetzlich geordnet ist¹⁸, sind die Verhältnisse auch vom Standpunkt dieser Gesetzgebung aus zu betrachten.

¹⁴ OR 513 ff. Aus Spiel und Wette entstehen keine klagbaren Forderungen.

¹⁵ BV 35.

¹⁶ BG betreffend die Lotterien und gewerbmässigen Wetten (LWG) vom 8. 6. 1923 (AS 39, 353 ff.) Art. 1 ff.

¹⁷ Beispiel: Eine einmalige, kurz befristete und *nicht angekündigte Verlosung* unter den *bisherigen* Kunden stört das Leistungsprinzip nicht, da unter den gegebenen Voraussetzungen die Käufe nicht wegen der Gewinnchance abgeschlossen wurden.

¹⁸ BG betreffend die Lotterien und gewerbmässigen Wetten (LWG) vom 8. 6. 1923 (AS 39, 353 ff.) und die diesbezüglichen kantonalen Ausführungsverordnungen.

Lotterien sind nach Bundesgesetz verboten¹⁹. Was als Lotterie zu gelten hat, wird folgendermassen definiert:

«Als Lotterie gilt jede Veranstaltung, bei der gegen Leistung eines Einsatzes oder bei Abschluss eines Rechtsgeschäftes ein vermögensrechtlicher Vorteil in Aussicht gestellt wird, über dessen Erwerbung, Grösse oder Beschaffenheit planmässig durch Ziehung von Losen oder Nummern oder durch ein ähnliches auf Zufall gestelltes Mittel entschieden wird.»²⁰

Das Verbot wird folglich von der Leistung eines Einsatzes oder vom Vorliegen eines rechtsgeschäftlichen Abschlusses abhängig gemacht. «Gratis-Wettbewerbe», an denen sich jedermann ohne Einsatz beteiligen kann, werden vom Verbot nicht erfasst.

Wir haben schon weiter vorn²¹ erkannt, dass bei der Abgrenzung Zugabe — Werbegabe grösste Vorsicht am Platze ist. «Gratis-Wettbewerbe», die derartig organisiert sind, dass praktisch (oder hauptsächlich) Käufer eines bestimmten Handelsartikels als Teilnehmer in Frage kommen, sind — trotz der irreführenden Ankündigung — Zugabenveranstaltungen. Dies bedeutet aber, dass die Teilnehmer an solchen Veranstaltungen ihre Gewinnchance durch einen Einsatz erwerben. Der Käufer leistet in Zugabefällen einen Einsatz, der in dem für die Hauptware erbrachten Preis enthalten ist²². Der Nachweis dieses Tatbestandes wird in der Praxis allerdings gewisse Schwierigkeiten bieten, da durch buchhalterische Verschiebungen der für die Zugabenaktion benötigte Aufwand mit Leichtigkeit getarnt werden kann.

Das Gesetz überbrückt jedoch diese Schwierigkeit, indem auch der bei Abschluss eines Rechtsgeschäftes in Aussicht gestellte vermögensrechtliche Vorteil erfasst wird. In Zugabefällen ist diese Voraussetzung gegeben, da die Abhängigkeit von einem entgeltlichen Rechtsgeschäft dem Zugabebegriff immanent ist. Damit eine Veranstaltung als Lotterie gelten kann, muss als zweite Voraussetzung über den Erwerb, die Grösse oder die Beschaffenheit des in Aussicht gestellten Vorteils durch ein auf Zufall gestelltes Mittel entschieden werden.

Die Bezeichnung einer Veranstaltung als «Wettbewerb» sollte eigentlich darauf hinweisen, dass bei dieser Veranstaltung nicht in erster

¹⁹ LWG 1,1.

²⁰ LWG 1,2.

²¹ Vorn 53 ff.

²² Rechtsprechung des Reichsgerichtes (vgl. RGSt 60,127/64,1/65,194).
Dazu Opitz 139.

Linie der Zufall, sondern das Können, die individuelle Leistung entscheidend sei. Trotzdem wird bei solchen «Wettbewerben» sozusagen ausnahmslos die Gewinnverteilung durch den Zufall entschieden²³, da die Aufgaben derart geringe Anforderungen stellen, dass die Mehrzahl der Teilnehmer sie richtig beantworten kann. Daraus ist zu schliessen, dass Wettbewerbe, Verlosungen und Preisrätsel, welche als Zugabenveranstaltungen erkannt werden, gesetzlich verboten sind, wenn durch ein auf Zufall gestelltes Mittel über Erwerb, Grösse oder Beschaffenheit des in Aussicht gestellten Vorteils entschieden wird.

Die *Praxis* ist in der Hinsicht zu tolerant, dass das Verbot von der Frage abhängig gemacht wird, ob die Teilnahme an einer solchen Veranstaltung grundsätzlich von einem Einsatz (oder vom Abschluss eines Rechtsgeschäftes) abhängig sei oder nicht. Damit werden alle jene Fälle nicht erfasst, die zwar äusserlich als «Gratis-Wettbewerbe» erscheinen, in Wirklichkeit aber (getarnte) Zugabenveranstaltungen sind. Es darf nicht nur darauf abgestellt werden, ob eine theoretische Möglichkeit bestehe, auch ohne Einsatz am Wettbewerb teilzunehmen.

D) Gewährung an Dritte

Unter der Gewährung an Dritte ist die besondere Art der Zugabengewährung zu verstehen, wo die Zugabe nicht dem Vertragspartner ausgehändigt wird, sondern einer Drittperson.

Falls diese Drittperson nicht in der Lage ist, die Gestaltung des Hauptrechtsgeschäftes in irgend einer Weise zu beeinflussen, zieht diese Art der Gewährung keine besonderen rechtlichen Konsequenzen nach sich. Sobald der Dritte jedoch imstande ist, seinen Einfluss auf das Hauptgeschäft geltend zu machen, wird der Tatbestand rechtlich von Bedeutung.

Da die Gewährung der Zugabe vom Abschluss des Hauptvertrages abhängig ist, kann der Dritte durch die ihm in Aussicht gestellte Zugabe verleitet werden, das Zustandekommen des Hauptgeschäftes zu fördern. Darüber hinaus wird der Dritte durch eine mengenbedingte Zugabe an der Häufigkeit und Grösse der Abschlüsse interessiert.

Als Personen, deren Stellung und Tätigkeitsbereich einen derartigen Einfluss auf die Gestaltung des Hauptgeschäftes ermöglichen, kommen

²³ «Gehen mehr richtige Lösungen ein, als Preise vorhanden sind, entscheidet eine notarielle Verlosung über die Zuteilung der Preise.»

auch Dienstpflichtige, Beauftragte oder andere Hilfspersonen der Vertragspartner in Frage.

Die Untersuchung hat sich somit mit folgenden Fragen zu befassen:

- 1. Können Drittpersonen den Abschluss der Geschäfte entscheidend beeinflussen?
- 2. Wenn ja: Wie ist diese Beeinflussung zu beurteilen?
- 3. Wie ist die Einwirkung zu beurteilen, wenn ihr Motiv eine Zugabengewährung ist?

1. Dass Drittpersonen einen entscheidenden Einfluss auf die Geschäfte zweier Vertragspartner ausüben können, ist wohl unbestritten. Schon das persönliche Gespräch mit einem Dritten über das in Aussicht stehende Geschäft kann seine Folgen haben. Ausserdem sind verschiedene Dienstpflichtige eines Unternehmers auf Grund ihrer Stellung in der Lage, bis zu einem gewissen Grade selbständig zu kontrahieren.

2. Solche Einwirkungen sind deshalb als normale, zwangsläufige Folgen des Wirtschaftslebens aufzufassen. Sie wirken erst dann störend, wenn sie einen Vertragspartner in irgend einer Weise benachteiligen. Der Kontrahent wird sie in dem Moment als störend empfinden, wenn er feststellen muss, dass er ohne Einwirkung eines Dritten, bei genauer Kenntnis der wirklichen Verhältnisse, den Vertrag nicht oder in anderer Form abgeschlossen hätte.

3. Setzt ein Kontrahent für die Mitwirkung Dritter am Geschäftsabschluss Zugaben als Belohnung aus, so bedeutet das, dass er die Dienste des Zugabeempfängers für seine Werbung benützen will. Der Zugabeempfänger soll seinen Einfluss entsprechend zur Geltung bringen und für seine Dienste den gebührenden Lohn empfangen. Die Zugabe ist als Belohnung für Werbehilfe, für propagandistische Unterstützung, aufzufassen. Eine Belohnung für Werbehilfe ist mit den Grundsätzen von Treu und Glauben vereinbar. Zugaben an Dritte in Form von Werbeprämien für die Werbung neuer Vereinsmitglieder, Abonnenten oder Käufer können nicht beanstandet werden. Es leuchtet jedoch ein, dass die Aussetzung solcher Prämien den Dritten zu einem Verhalten verleiten kann, welches Leistungsgrundsätze verletzt. Auch der Dritte kann Massnahmen treffen, die geeignet sind, beim Adressaten falsche Vorstellungen über die Leistung des Vertragspartners hervorzurufen. Die unlautere Handlung wird in diesem Falle vom Zugabeempfänger begangen²⁴. Eine

²⁴ Beispiel: UWG 1,2 b.

Haftung des Geschäftsherrn²⁵ (des Zugabegewährenden) ist solange nicht anzunehmen, als kein Angestellten- oder Arbeitsverhältnis vorliegt, sondern die Tätigkeit des Dritten auf dem Grundsatz der Freiwilligkeit beruht. Der Geschäftsherr richtet die Zugabeofferte an die Anonymität des Publikums und weiss deshalb vor dem Abschluss des Geschäftes nicht, wer für ihn tätig ist.

Ein vertragliches Verhältnis (z. B. Auftrag) tritt erst in Erscheinung, wenn der Geschäftsherr einem bestimmten Dritten die Offerte unterbreitet und dieser akzeptiert.

Enthält der Auftrag eine Aufforderung zur Täuschung, so resultiert daraus die absichtliche Täuschung als Mangel des Vertragsabschlusses²⁶ und unlauterer Wettbewerb. Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Auftraggebers ist gegeben²⁷.

Von besonderer Bedeutung ist die Zugabengewährung an Dienstpflichtige, Beauftragte oder andere Hilfspersonen des Vertragspartners. Solche Zugaben stellen Vergünstigungen dar, die ein pflichtwidriges Verhalten der Empfänger herbeiführen können. Der Tatbestand ist als Bestechung bekannt²⁸. Durch Bestechung wird das Leistungsprinzip ausgeschaltet. Die Tätigkeit der Hilfspersonen eines Unternehmers ist durch Pflichten gegenüber dem Geschäftsherrn oder Arbeitgeber gekennzeichnet, die sich aus dem vertraglichen Verhältnis ergeben²⁹. Das Anbieten oder Gewähren von Zugaben an die Hilfspersonen des Partners ist nur dann als unlauterer Wettbewerb anzusehen, wenn ein pflichtwidriges Verhalten dieser Personen eintreten kann. Fehlt das Merkmal der Pflichtwidrigkeit — ist z. B. der Geschäftsherr mit den Massnahmen der Hilfsperson einverstanden —, so kann sich der Bestechungstatbestand gar nicht erfüllen³⁰. Daraus ist zu schliessen, dass auch eine sehr wertvolle Zugabe noch keinen Bestechungstatbestand begründet, wenn keine Pflichtwidrigkeit im Verhalten der Hilfsperson nachgewiesen werden kann. Wo die Angestellten in ihren Verrichtungen weitgehend freie Hand haben,

²⁵ UWG 3.

²⁶ OR 23 ff., 28, 28.2.

²⁷ UWG 14.

²⁸ UWG 1,2e und 13e.

²⁹ Z. B. Dienstvertrag OR (319 ff.) 328.

Werkvertrag OR (363 ff.) 364.

Auftrag OR (394 ff.) 398.

³⁰ Troller, Alois: Der Schweizerische Gewerbliche Rechtsschutz (Basel 1948) 206.
A. M. Castberg 116 N 27.

wird es oft schwer fallen, ein pflichtwidriges Verhalten festzustellen. Ist dieses jedoch gegeben, dann genügt schon die kleinste Vergünstigung für das Vorliegen einer Bestechung³¹.

Als Beispiel verdient das sog. «Korken- und Zapfengeld» Erwähnung:

Der Weinhändler verspricht dem Personal des Wirtes für jeden retournierten Zapfen einer von ihm bezogenen Flasche eine Vergünstigung. Bei pflichtwidrigem Verhalten des Personals (Verheimlichung anderer Weinsorten, falschen Angaben an die Gäste usw.) ist der Bestechungstatbestand erfüllt.

III. Preisbeeinflussung

1. Es wurde bereits nachgewiesen, dass die Gewährung von Zugaben Preisunterbietungen ermöglicht³². Die einfache Preisunterbietung wird zum *Preis Schleudern*, wenn die Ware oder Leistung zu Verlustpreisen umgesetzt wird³³.

Als Verlustpreis ist ein Preis anzusehen, der unter dem Selbstkostenpreis des Verkäufers liegt³⁴.

2. Preisunterbietungen sind eine normale Erscheinung der freien Wirtschaft. Die Freiheit in der Preisgestaltung ist eine Voraussetzung für das Funktionieren des freiheitlichen Konkurrenzsystems. Die Bedürfnisse nach technischen Fortschritten, nach rationelleren Produktions- und Vertriebsmethoden, nach Senkung der allgemeinen Unkosten schwinden, wenn der Wettbewerber keine Möglichkeit hat, durch tiefere Preise seine Konkurrenten zu überflügeln. Preisunterbietungen helfen deshalb mit, das Leistungsprinzip zu verwirklichen³⁵.

Diese Erkenntnis kann nicht dadurch geändert werden, dass die Preise statt durch einen direkten Abschlag durch Zugaben unterboten werden. Eine *Preisunterbietung mittels Zugaben* verstösst grundsätzlich nicht gegen

³¹ Unter «Vergünstigung» sind neben Geld- und Naturalgaben auch persönliche Annehmlichkeiten zu verstehen, die dem zu bestechenden Dienstpflichtigen irgendwie begehrenswert erscheinen. Vgl. Castelberg 115 N 26.

³² Vorn 93/94.

³³ Knellwolf Arthur: Das Preisschleudern mit Markenartikeln nach Schweizerischem Privatrecht (Diss. Zürich 1938) 28/29.

³⁴ Dam 64.

³⁵ Preisunterbietungen im freien Handel sind nur bei Anwendung gegen Treu und Glauben verstossender Mittel unlauterer Wettbewerb. Z. B. bei Beschaffung ausländischer Ware unter Umgehung der Clearingpflicht (BGE 71 II 234). Vgl. auch BGE 25 II 526, 37 II 423, 52 II 357, 56 II 436, 57 II 339 ff., 57 II 495 ff.

Treu und Glauben, solange Angebot und Technik der Gewährung mit den massgebenden Grundsätzen vereinbar sind³⁶.

3. Das Entgelt für die Leistung muss jedoch derartig sein, dass es dem Wettbewerber ermöglicht, seine Leistungskraft zu erhalten oder zu steigern³⁷. Es ist hier nochmals mit aller Deutlichkeit darauf hinzuweisen, dass das Leistungsprinzip *in erster Linie* die Belohnung, Sicherung und Erhaltung der besten wirtschaftlichen Leistung will. *Als Leistungswettbewerb ist nur der Wettbewerb anzusehen, der diesem Ziel dient.* Man darf nicht mehr dem Fehler der älteren Lehre³⁸ verfallen und alle Wettbewerbs-handlungen als Leistungswettbewerb betrachten, die dem Kunden einen momentanen Vorteil verschaffen. Die Preisunterbietung ist solange dem Leistungsprinzip dienlich, als das Entgelt dem Wettbewerber noch erlaubt, seine Leistungskraft sich zu erhalten oder zu steigern. Sobald sie jedoch soweit geführt wird, dass das Entgelt die Erhaltung der Leistung nicht mehr gewährleistet, widerspricht sie dem Sinn der freien Konkurrenz. Die Verlustpreisgrenze ist ein brauchbares Kriterium für die unwirtschaftliche Preisgestaltung³⁹. Ein Verkauf zu Verlustpreisen (Preisschleudern) ist Nichtleistungswettbewerb. Da Verlustpreise als Anpassung an die veränderte Marktlage geduldet werden müssen, ist die Frage nach dem Zweck des Verlustpreises entscheidend für die Feststellung der unlauteren Handlung⁴⁰. Als Zweck des Verlustpreises kommt ausser der Anpassung an die veränderte Marktlage⁴¹ nur die Schädigung des Mitkonkurrenten in Frage.

Das Preisschleudern ist für den Wettbewerber nicht Selbstzweck, sondern er bedient sich dieses Mittels, um dem Konkurrenten ein bestimmtes Verhalten (z. B. Befolgung der Verbandsdirektiven) aufzuzwingen oder ihn zu vernichten, um bei Beherrschung des Marktes durch Preiserhöhung

³⁶ Eine andere Frage ist es, ob das Zugabewesen als rationelle Vertriebsmethode anzusehen sei. Der Weg über die Zugabe erscheint im Vergleich zu direkten Preisabschlägen umständlich. Ausserdem ist der Einwand berechtigt, dass das Zugabewesen nur einem Teil der Kundschaft zugute kommt, den andern jedoch benachteiligt, da die Kosten auf alle Kunden überwältzt werden. Ueber die Auswirkungen dieser Fragen hat sich der Kaufmann selbst Rechenschaft zu geben.

³⁷ Vorn 38.

Vgl. die volkswirtschaftlichen Ueberlegungen bei Kaulla, Rud.: Staat, Stände und der gerechte Preis (Basel 1951) 86 ff.

³⁸ Z. B. Nipperdey in Kart. R 1930, 147.

³⁹ Dam 65.

⁴⁰ Vorn 40.

⁴¹ Wertverminderung infolge Verderb, Aenderung der Mode oder Konjunkturschwankung; Verkauf anlässlich einer Zwangsvollstreckung, eines Konkurses oder eines bewilligten Ausverkaufes.

den entgangenen Gewinn wieder wettmachen zu können. Es handelt sich hier um die typischen Gesichtspunkte eines *Missbrauchs wirtschaftlicher Macht*, da Kleinbetriebe nicht in der Lage sind, längere Zeit zu schleudern. Gegen die Verwendung der Kapitalkraft zu besseren wirtschaftlichen Leistungen (Masseneinkauf, rationelle Organisation) ist nichts einzuwenden⁴². Dagegen stellt die Bekämpfung oder Schädigung von Konkurrenten mittels Schleuderpreisen ein Machtmissbrauch dar, der nicht zu tolerieren ist — auch dann nicht, wenn mit dem Preisschleudern «berechtigte Abwehrinteressen» verfolgt werden⁴³. Die Korrektur wirtschaftlicher Auswüchse ist Sache der Gesetzgebung und der Gerichte und darf nicht durch die Wettbewerber selbst vorgenommen werden. Es handelt sich hier um die prinzipielle Frage der Berechtigung des Einzelnen, ins Strafverfahren einzugreifen⁴⁴. Man sei sich darüber im Klaren, dass solche Selbsthilfemassnahmen durchaus nicht dem Leistungsprinzip entsprechen⁴⁵.

Neben das Preisschleudern in seiner eigentlichen Kampfform tritt der Verkauf zu Verlustpreisen anlässlich eines Reklamefeldzuges⁴⁶. Die Schädigungsabsicht ist hier nicht so deutlich, wie bei den typischen Kampfpreisen. Solche Verlustpreise bezwecken eine zeitlich begrenzte Schädigung des Konkurrenten, indem durch den Anschein eines tatsächlich nicht bestehenden Leistungsvermögens versucht wird, die Kundschaft der Konkurrenten zu gewinnen. Auch solche Massnahmen dienen der Behinderung von Konkurrenten durch leistungswidriges Ausnützen der Kapitalmacht und dürfen nicht toleriert werden.

4. Das *Preisschleudern mittels Zugaben* ist in gleichem Sinne zu beurteilen, wie der direkte Verkauf zu Verlustpreisen. Der Nachweis eines Preisschleuderns, der schon beim zugabefreien Angebot Schwierigkeiten bieten kann, wird durch die Zugabe noch erschwert. Relativ einfach sind

⁴² Gl. M. Dam 62.

⁴³ A. M. Dam 63.

⁴⁴ Ähnliche Ueberlegungen drängen sich zur toleranten Gerichtspraxis in Boykottfragen auf (z. B. BGE 76 II 281 ff. und die dort zit. Entscheide). Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz ist erlaubter Zweck (!) (BGE 62 II 106).

Bolla: Il boicottaggio nel diritto civile svizzero; in ZSR NF 47 (1928) 243 a. Deschenaux, Henri: Licéité et limites du boycott; in ZSR NF 70 (1951) 127 ff. ZR 36 (1937) Nr. 130: Preisschleuderei als Rechtfertigung von Boykottmassnahmen eines Berufsverbandes gegen den Aussenseiter.

⁴⁵ Vgl. Dam 61. Dort zit.: Böhm: Das Problem der privaten Macht; in «Die Justiz» 1927, 333.

⁴⁶ Dam 62.

die Verhältnisse zu beurteilen, wenn artgleiche Zugaben (z. B. die verschiedenen Rabattarten⁴⁷) gewährt werden. Die Beurteilung der Preisgestaltung ist jedoch oft kaum möglich, wenn artfremde Zugaben verwendet werden.

Das Angebot enthält in diesem Fall zwei verschiedenartige Leistungen, die zu Verlustpreisen umgesetzt werden können. Da beide Leistungen gegen einheitliches Entgelt angeboten werden, kann in der Praxis kaum festgestellt werden, wieviel von dem Entgelt auf jede Leistung fällt.

Diese Schwierigkeit kann nur überwunden werden, wenn das Angebot Hauptware plus Zugabe als Ganzes betrachtet wird.

Solange der Nichtleistungswettbewerb nicht eindeutig nachgewiesen werden kann, muss Leistungswettbewerb vermutet werden⁴⁸.

Ein Preisschleudern ist gegeben, wenn das geforderte Entgelt die Selbstkosten von Hauptware plus Zugabe nicht deckt.

Es sei festgestellt, dass das auf den artfremden Zugabeartikel beschränkte Schleudern u. U. nicht nachgewiesen werden kann. Der Wettbewerber kann den artfremden Zugabeartikel zu Verlustpreisen umsetzen, ohne diese Tatsache in Preisstellung oder Kalkulation zu offenbaren. Dies kann von Bedeutung sein, wenn die als Zugabe geschleuderte Ware oder Leistung von andern Wettbewerbern normalerweise als Hauptware oder -leistung angeboten wird.

Der modernen Betriebswirtschaftslehre ist es bekannt, wie schwierig es besonders auf der Produktionsstufe ist, bei einer Mehrzahl von produzierten Gütern eine exakte Verteilung der Selbstkosten auf die einzelnen Produkte vorzunehmen⁴⁹. Ist die Bestimmung der Kosten jedoch schon für den Produzenten schwierig, so ist sie dem aussenstehenden Dritten unmöglich.

Volkswirtschaftlich kann es belanglos sein, wenn ein einzelnes Produkt zu Verlustpreisen umgesetzt wird, solange der Produzent einen genügenden Gesamtverdienst findet⁵⁰. Rechtlich erwecken solche Verhältnisse jedoch Bedenken, da auch der Vertrieb eines einzelnen Artikels zu Verlustpreisen die Konkurrenzveranstaltung stört und andere Wettbewerber schädigen kann. Ein Unternehmen, das mehrere Artikel produziert oder

⁴⁷ Pfister, Rud.: Der Rabatt in der Preispolitik der Kartelle (Diss. Bern 1951) 15 ff., 44.

⁴⁸ Böhm 135.

⁴⁹ Kaulla, Rud.: Staat, Stände und der gerechte Preis (Basel 1951) 91.

⁵⁰ Kaulla a. a. O. 92.

handelt, bleibt nur solange im Rahmen des Leistungsprinzips, als es bei jedem Artikel auf seine Kosten kommt⁵¹. Die Pflicht zur Bilanzwahrheit und -klarheit⁵² erhält unter diesem Gesichtspunkt eine besondere Bedeutung.

5. Die schweizerische *Gerichtspraxis* weicht von diesen theoretischen Ueberlegungen ab.

Verlustpreise im freien Handel werden nur dann als unlauterer Wettbewerb angesehen, wenn der Ruin der Konkurrenten mit *Mitteln*, die gegen Treu und Glauben verstossen, herbeigeführt werden soll⁵³.

Die Lehre des Leistungsprinzips sieht schon im Verlustpreis ein Mittel, das gegen Treu und Glauben verstösst. Der Praxis genügt dieses Kriterium nicht, da sie Verlustpreise erst ahndet, wenn sie ihrerseits mit Treu und Glauben verletzenden Mitteln gehandhabt werden (z. B. Verletzung von Arbeitsbedingungen — UWG 1,2 h). Zwischen Preisunterbietungen und Preisschleudern wird folglich (zu Unrecht) keine Unterscheidung getroffen⁵⁴.

6. Bei *preisgebundenen Waren* stellt eine Zugabengewährung immer eine Preisunterbietung dar.

Die Beurteilung des Unterbietens gebundener Preise⁵⁵ setzt voraus, dass die Frage der Preisbindung abgeklärt ist⁵⁶. Die Grenzen dieser Arbeit erlauben es nicht, die ganze Problematik der Preisbindungen im Rahmen des freien Wettbewerbes gebührend zu würdigen.

Es kann jedenfalls nicht dem Sinn des freien Wettbewerbes entsprechen, dass durch Preisbindungen (Kartellverträge, Reversverträge, Preisbindungsverpflichtungen) die Konkurrenz eingeengt oder gänzlich ausge-

⁵¹ Gl. M. Dam 62. Böhm 300.

⁵² OR 959.

⁵³ Genève, cours de justice 14. 11. 1947.

Semaine judiciaire (1948) 365.

SJZ 45 (1949) 311.

Vgl. auch BGE 52 II 381.

⁵⁴ Vgl. vorn 104 N 35.

⁵⁵ Dam 73 ff., 98 ff.

Knellwolf, Arthur: Das Preisschleudern mit Markenartikeln nach Schweiz. Privatrecht (Diss. Zürich 1938) 13 ff.

Jossi, Alfred: Unlauterer Wettbewerb durch Verletzung von Arbeitsbedingungen (Diss. Bern 1947) 92 ff.

⁵⁶ Das schweizerische Recht nimmt zur Frage der Preisbindungen nicht ausdrücklich Stellung, sondern beschränkt sich darauf, gegen missbräuchliche Preisvereinbarungen die Normen des Privatrechtes zur Verfügung zu halten. (Kartellverträge z. B. sind nichtig, wenn sie eine künstliche Hochhaltung der Preise oder eine wucherische Ausbeutung der Käufer bezwecken. BGE 33 II 117, 37 II 211, 52 II 375 ff., 54 II 168.)

schaltet wird⁵⁷. Ein wettbewerbsrechtlicher Schutz solcher Massnahmen ist deshalb problematisch, wenn nicht gefährlich⁵⁸.

7. Eine Preisbeeinflussung durch Zugaben kann auch hinsichtlich der *Ausverkaufsgesetzgebung*⁵⁹ von Bedeutung sein.

«Die öffentliche Ankündigung und Durchführung von Ausverkäufen oder ähnlichen Veranstaltungen, bei denen vorübergehend besondere Vergünstigungen in Aussicht gestellt werden, bedarf der Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde.»⁶⁰

Unter «Ausverkäufen und ähnlichen Veranstaltungen» sind Veranstaltungen des Detailverkaufes⁶¹ zu verstehen, «bei denen dem Käufer durch öffentliche Ankündigung in Aussicht gestellt wird, dass ihm vorübergehend besondere vom Verkäufer sonst nicht gewährte Vergünstigungen zukommen werden»⁶².

Eine besondere Vergünstigung ist nicht nur bei herabgesetzten Preisen anzunehmen, sondern auch bei Gewährung von ausserordentlichen Rabatten⁶³ oder andern entsprechenden Zugaben⁶⁴. Die gesetzliche Regelung erfasst somit nicht nur die eigentlichen Ausverkäufe, sondern auch «Sonderverkäufe» und «Reklameverkäufe». Veranstaltungen, mit denen der Verkauf dadurch forciert werden soll, dass durch Ankündigung vorübergehender besonderer Vergünstigungen beim Publikum der Eindruck einer ungewohnt günstigen Gelegenheit hervorgerufen wird, erfahren somit auch durch diese polizeirechtlichen Regelungen eine Beschränkung.

⁵⁷ Feldmann, Marcus: Kartelle, Trusts und Monopole im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit (Basel 1931) 51.

Eggmann, Emil: Der Staat und die Kartelle (Diss. Zürich 1945) 206/07.

Jossi a. a. O. 89 ff.

Wolffers, Arthur: Grundfragen einer schweizerischen Kartell-Gesetzgebung; in SJZ 48 (1952) 69 ff.

⁵⁸ Dazu BGE 52 II 376, 54 II 172, 62 II 35, 62 II 102.

Dam 104/05.

Knellwolf a. a. O. 124.

Jossi a. a. O. 93/94.

Ueber die Unterbietung öffentlich-rechtlich gebundener Preise:

Dam 107 ff., 111/12.

⁵⁹ UWG 17 ff.

VO des BR über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen (Ausverkaufsordnung) vom 16. 4. 1947 (AS 63,337 ff.) und die diesbezüglichen kantonalen Verordnungen.

⁶⁰ UWG 17,1.

⁶¹ Ein Ausnahmeverkauf des Grossisten kann aber u. U. auch erfasst werden (vgl. ZR 26 (1927) Nr. 61).

⁶² Ausverkaufsordnung 1,1.

⁶³ Ausverkaufsordnung 2,2. BGE 38 I 67.

⁶⁴ Urteil des Zürcher Obergerichtes, wiedergegeben in SJZ 24 (1927/28) 297 ff. Vgl. Germann: Richtlinien für eine Bundesrechtliche Regelung der Ausverkäufe und ähnlicher Veranstaltungen (Basel o. J.)* 61.

§ 11. Ergebnis der Untersuchung

I. Unlautere Zugaben

Die vorangehenden Untersuchungen haben folgendes gezeigt:

1. Das Anbieten oder Gewähren von Zugaben verstösst grundsätzlich nicht gegen Treu und Glauben¹.
2. Wie jedes Werbemittel kann auch die Zugabe in einer die Grundsätze von Treu und Glauben verletzenden Art und Weise im wirtschaftlichen Wettbewerb verwendet werden.

Das Anbieten oder Gewähren von Zugaben verstösst beispielsweise gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, wenn:

- a) die Bezeichnung der Zugabe geeignet ist, den Eindruck einer unentgeltlichen Leistung zu wecken — es sei denn, die Zugabe werde ausnahmsweise und ohne Angebot gewährt²;
- b) die Bezeichnung der Zugabe geeignet ist, falsche Vorstellungen über die wirklichen Verhältnisse hervorzurufen³;
- c) die Zahl der für die Zugabe erforderlichen Käufe derart hoch ist, dass die Zugabe bei üblichem Einkauf erst nach unverhältnismässig langer Zeit bezogen werden kann⁴;
- d) für die Einlösung von Gutscheinen Fristen angesetzt werden⁵;
- e) die Zugabe in einer Gewinnchance besteht⁶;
- f) Die Zugabe Dienstpflichtigen, Beauftragten oder anderen Hilfspersonen eines Dritten gewährt oder angeboten wird, diesen nicht gebührt und bestimmt oder geeignet ist, durch pflichtwidriges Verhalten dieser Personen bei ihren dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen jemandem Vorteile zu verschaffen⁷;
- g) das für Zugabe und Hauptgeschäft geforderte Entgelt die Selbstkosten nicht deckt⁸.

¹ Vorn 86 ff.

² Vorn 91/92.

³ Vorn 92/93.

⁴ Vorn 96.

⁵ Vorn 96.

⁶ Vorn 99.

⁷ Vorn 103.

⁸ Vorn 107.

II. Benötigt das schweizerische Recht eine Zugabenverordnung?

Der Wunsch nach einer gesetzlichen Regelung des Zugabewesens wurde bereits bei der Ausarbeitung des ersten Entwurfs⁹ zum UWG von verschiedenen Seiten ausgesprochen, während in anderen Eingaben der gegenteilige Standpunkt vertreten wurde¹⁰.

Die mit der Ausarbeitung des Vorentwurfes betraute *Expertenkommission* sprach sich gegen ein polizeiliches Verbot der Ankündigung und Gewährung von Zugaben aus, da ein solches Verbot dem Charakter des Entwurfs widersprochen hätte.

Dieser Auffassung schloss sich der *Bundesrat* in seiner Botschaft vom 11. Juni 1934¹¹ an.

In den Beratungen zum *Entwurf I* im *Ständerat* beantragte die Kommission, in den Art. 2 einen speziellen Zugabentatbestand aufzunehmen und reichte zwei Vorschläge ein. Die Mehrheit des Rates lehnte jedoch beide Fassungen ab und verzichtete auf eine ausdrückliche Erwähnung des Zugabewesens unter den als Beispielen gedachten Tatbeständen, in der Meinung, ein Anbieten oder Gewähren von Zugaben, welches die Grundsätze von Treu und Glauben verletze, falle unter die Generalklausel¹².

Der Kommissionsreferent des *Nationalrates* versuchte durch eine Interessenabwägung zum Ziel zu gelangen¹³ und beantragte, als missbräuchlichen Tatbestand das «Versprechen oder planmässige Gewähren von freier Fahrt oder von Reisevergünstigungen mit Rücksicht auf den Abschluss eines Kaufvertrages»¹⁴ ins Gesetz aufzunehmen. Der Nationalrat folgte dem Antrag der Kommission¹⁵. In der Debatte ergaben sich jedoch Zweifel, ob mit diesem speziellen Tatbestand nicht das Grundprinzip des Entwurfes verlassen worden sei¹⁶.

Die Differenzenbereinigung brachte die Streichung der betreffenden Bestimmung¹⁷.

⁹ Entwurf I (BBl 1934 II 553 ff.).

¹⁰ Z. B. Müller, W.: Eingabe des Verbandes schweizerischer Wertreklamefirmen an die schweizerische Bundesversammlung ... zur Beratung des Entwurfes über das BG betreffend unlauteren Wettbewerb (Zürich 1934) 1 ff.

¹¹ Botsch. I (BBl. 1934 II 513 ff.).

¹² Sten. Bull. 1934 StR 337 ff., 345/46.

¹³ Sten. Bull. 1935 NR 322 ff.

¹⁴ Sten. Bull. 1935 NR 322.

¹⁵ Sten. Bull. 1935 NR 326.

¹⁶ Sten. Bull. 1935 NR 322 ff.

¹⁷ Sten. Bull. 1936 StR 36 ff.

Im *Entwurf II*¹⁸ wurde auf die ausdrückliche Erwähnung des Zugabewesens in den speziellen Tatbeständen des unlauteren Wettbewerbes verzichtet, wobei aber hervorgehoben wurde, dass auch Preisschleudern und die Gewährung von Zugaben gestützt auf die Generalklausel als unlauterer Wettbewerb behandelt werden können, «sofern die Anwendung dieser Mittel im konkreten Fall einen Verstoss gegen die Grundsätze von Treu und Glauben und als solcher einen Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs darstellt»¹⁹. Da der *Bundesrat* der Meinung war, die Generalklausel erlaube es nicht, alle Missbräuche im Zugabewesen zu erfassen, sah er die Möglichkeit einer besonderen gewerbepolizeilichen Verordnung vor²⁰. In der Botschaft²¹ wurde dazu bemerkt, es handle sich vor allem darum, solche Zugaben zu erfassen, durch die der Empfänger zum Nachteil der Mitbewerber oder zu seinem eigenen Nachteil irregeführt werde²².

Der Berichterstatter im *Ständerat* betonte seinerseits, das Zugabewesen sei als Materie zu komplex, um in einigen wenigen Sätzen umschrieben werden zu können, weshalb «die vorberatenden und antragstellenden Instanzen dazu gekommen sind, im Gesetze selbst adhäsionsweise nur einige Grundsätze aufzustellen und das übrige der verwaltungsrechtlichen Regelung auf dem Wege einer bundesrätlichen Verordnung zu überlassen»²³.

Auf Antrag der Kommissionsmehrheit wurde schliesslich vom *Ständerat* entgegen einem Streichungsantrag folgende Fassung des Art. 22 (heute Art. 20) angenommen²⁴:

«Der Bundesrat wird ermächtigt, durch Verordnung Vorschriften gegen Missbräuche im Zugabewesen zu erlassen und für die vorsätzliche oder fahrlässige Zuwiderhandlung Busse anzudrohen.

Nicht als Zugaben gelten Rückvergütungen und Rabatte sowie geringwertige Reklamegegenstände.

Vor Erlass der Verordnung sind die Kantonsregierungen und die interessierten Berufs- und Wirtschaftsverbände anzuhören.»

Der *Nationalrat* stimmte diesem Beschlusse ohne Diskussion zu²⁵.

Nach dem Wortlaut zu schliessen, stellt UWG 20 nicht einen feststehenden Auftrag an die zuständigen Behörden dar, sondern eine *Er-*

¹⁸ Entwurf II (BB1 1942, 717 ff.).

¹⁹ Botsch. II (BB1 1942, 689).

²⁰ UWG (Entwurf II) 22. (BB1 1942, 724).

²¹ Botsch. II (BB1 1942, 665 ff.).

²² BB1 1942, 715.

²³ Sten. Bull. 1943 StR 81/82.

²⁴ Sten. Bull. 1943 StR 89.

²⁵ Sten. Bull. 1943 NR 164.

mächtigung. Eine künftige Verordnung hätte sich nur mit *Missbräuchen* im Zugabewesen zu befassen. Da das Zugabewesen ein Gebiet des wirtschaftlichen Wettbewerbs ist, welcher durch das UWG geregelt wird, ist die Forderung nach einer gesetzlichen Regelung des Zugabewesens nur berechtigt, wenn Missbräuche im Zugabewesen nachgewiesen werden können, welche durch das UWG nicht erfasst werden.

Zu dieser Feststellung drängt sich folgende grundsätzliche Ueberlegung auf:

Das UWG erfasst jeden Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs. Die Ausübung des Rechtes auf freie wirtschaftliche Betätigung wird missbräuchlich, wenn sie über den Sinn und Inhalt dieses Rechtes hinausgeht. Treu und Glauben bilden als Maxime des rechtlichen Verhaltens die Schranke zwischen berechtigter, sinngemässer und missbräuchlicher Rechtsbetätigung. Eine sinngemässe wirtschaftliche Betätigung kann nicht missbräuchlich sein²⁶. Folglich können mit dem Kriterium von Treu und Glauben alle Fälle eines Missbrauches des wirtschaftlichen Wettbewerbes erfasst werden. Da das Zugabewesen unter den Begriff des wirtschaftlichen Wettbewerbes fällt, müssen alle Missbräuche im Zugabewesen zugleich Missbräuche des wirtschaftlichen Wettbewerbes sein. Somit steht fest, dass alle Missbräuche im Zugabewesen als Missbräuche des wirtschaftlichen Wettbewerbs unlauteren Wettbewerb darstellen und von der Generalklausel erfasst werden müssen.

Die Verordnung hätte sich deshalb ganz im Rahmen des UWG zu halten, und es ist nicht einzusehen, weshalb ein Teilgebiet des wirtschaftlichen Wettbewerbs speziell ausgestaltet werden sollte durch gesetzliche Normen, denen nur die Bedeutung von *Beispielen* zukommen könnte. Dass die Beispiele missbräuchlicher Zugaben nicht gesetzlich festgelegt sind, kann die Bekämpfung der Missbräuche nicht hindern.

Dazu muss allerdings bemerkt werden, dass die Praxis scheinbar gewisse Hemmungen nicht ablegen kann, einen Tatbestand als unlauter zu erkennen, der nicht im UWG als Beispiel aufgeführt ist. Auf Grund der vorliegenden Untersuchungen konnte jedenfalls eine Reihe von Zugabetatbeständen als unlauter erkannt werden, welche sich zurzeit noch einer ausgedehnten Verbreitung erfreuen.

²⁶ Sie kann nur ungesetzlich sein, indem sie eine die Handels- und Gewerbefreiheit beschränkende Norm verletzt.

Die in UWG 1,2 aufgeführten Einzeltatbestände sind bewusst als Beispiele gewählt worden²⁷, in der Erkenntnis, dass es das dynamische Wirtschaftsleben gar nicht gestatte, alle Fälle eines Verstosses gegen Treu und Glauben enumerativ zu erfassen. Die gleiche Erkenntnis gilt für das Zugabewesen. Die Generalklausel muss bei der Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs im Vordergrund stehen. Eine Praxis, die diese nur zurückhaltend anwendet, wird dem Sinn des Gesetzes nicht gerecht²⁸. Daher ist es eine Aufgabe der *Rechtsprechung*, anhand von Einzelfällen zwischen missbräuchlicher und erlaubter Zugabenreklame eine zuverlässige Grenze zu ziehen.

²⁷ BGE 72 II 380, 73 IV 200; abschliessend sind nur die Straftatbestände (UWG 13).

²⁸ Vgl. Botsch, II (BBI 1942, 689).

Lebenslauf

Am 8. Juni 1927 wurde ich in Zürich als Sohn des Handelslehrers Dr. Otto Meister und der Maria Meister-Bührer geboren. Nach der Primarschulzeit besuchte ich das kantonale Gymnasium in Zürich und erwarb mir im Herbst 1946 das Reifezeugnis. Mit dem Sommersemester 1949 begann ich meine Studien an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, nachdem ich in der Zwischenzeit verschiedene militärische Schulen und Kurse absolviert hatte. Auch in der Folge musste ich das Studium im Interesse der militärischen Weiterbildung zweimal unterbrechen. Daneben galt mein Interesse ausser rein juristischen Domänen auch handelswissenschaftlichen Gebieten wie Buchhaltung und Bilanzkunde.

Zu Beginn des Sommers 1954 hatte ich nach acht Semestern Studium meine Doktorprüfung beendet.

